Adolf Kruse

Zur Lehre vom Garantievertrage

Köln am Rhein 1913

Zur Lehre vom Garantievertrage

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Referendar Adolf Kruse

aus

Vor der Hardt

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Cöln

Buchdruckerei Beyer & Schmeißer

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0144

Referent:

Geheimer-Rat Professor Dr. H. v. Burckhard

Literaturverzeichnis.

Bindewald, Der Garantievertrag auf Forderungsausfall, Dissertation, Greifswald 1911.

Braune, Der Garantievertrag. Dissertation, Rostock 1911.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Auflage.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Auflage.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 3. Auflage.

Dillmann, Der Garantievertrag. Dissertation, Marburg 1910.

Ebbecke, Aufsatz im Recht 1911.

Eccius, Aufsatz in Gruchots Beiträgen. Bd. 46, S. 61.

Eck-Leonhardt, Vorträge über das Recht des BGB, Bd. I.

Ehrenberg, Versicherungsrecht.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Auflage.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4/5. Auflage.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Auflage.

Foerster, Der Kreditauftrag. Leipzig, 1903.

Gerhard, Hagen etc., Kommentar zum Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 1908.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Recht. Jena 1852.

Grell, Der Garantievertrag. Dissertation, Leipzig 1910.

Hallbauer, Aufsatz im Bankarchiv VII, S. 338.

Hauck, Ueber Bürgschaft, ihre Arten und verwandte Verträge. Dissertation, Leipzig 1910.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Auflage.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. 1910.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 4. Auflage.

Meinrath, Der Garantievertrag. Dissertation, Rostock 1910.

Motive zu dem Entwurf des BGB. Bd. II.

Neumann, Kommentar zum BGB. 5. Auflage.

Oertmann, Kommentar zum BGB. 2. Auflage.

Pincus, Zur Lehre von den bürgschaftsähnlichen Rechtsgeschäften. Dissertation, Rostock 1907.

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Auflage.

Stammler, Der Garantievertrag. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 69.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 5/6. Auflage.
Unger, Handeln auf fremde Gefahr. In Ihrings Jahrbüchern. Bd. 33.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Dissertation, Marburg 1907.
Wienstein, Aufsatz im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 31, S. 1 und im Recht 1907, S. 814.
Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, 9. Auflage.

Ferner habe ich Gerichts-Entscheidungen benutzt aus:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 13, 17, 52, 61, 72, 75.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 5, 10, 12.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Bd. 12, 14, 20.
Striethorsts Archiv für Rechtsfälle, Bd. 15.
Gruchots Beiträge, Bd. 51.
Seufferts Archiv, Bd. 32, 55.
Juristische Wochenschrift 1899, 1907, 1909.
Rheinisches Archiv, Bd. 102, 105.
Hanseatische Gerichtszeitung 1905, 1906.
Recht 1905—1911.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung: Gegenstand und Aufgabe dieser Abhandlung 1

§ 2. Erster Abschnitt: **Die geschichtliche Entwicklung des Garantievertrages** 4

Zweiter Abschnitt: **Feststellung der Begriffsmomente des Garantievertrages und seine Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten** 9

§ 3. Welche Merkmale muß ein Vertrag haben, damit er als Garantievertrag mit den später zu bestimmenden Rechtsfolgen bezeichnet werden kann? 9

§ 4. Abgrenzung des Garantievertrages von verwandten Rechtsinstituten 22

Dritter Abschnitt: **Die Rechtsnormen des Garantievertrages** 41

§ 5. Abschluß des Garantievertrages. Form 41

§ 6. Pflichten des Garanten 44

§ 7. Rechte des Garanten. Regreßanspruch 48

§ 8. Rechte und Pflichten des Garantieempfängers, insbesondere seine Diligenzpflicht 53

§ 9. Mehrere Garanten. Garantiefonds 58

§ 10. Unmöglichkeit des Eintritts des garantierten Erfolges 60

§ 11. Aufhebung des Garantievertrages 62

§ 12. Schlußbemerkung 63

Einleitung.

Gegenstand und Aufgabe dieser Abhandlung.

§ 1.

Der Sinn, den man im allgemeinen Sprachgebrauch mit den Ausdrücken Garantie, Garantieversprechen verbindet, ist je nach den verschiedenen Fällen ein so verschiedener, daß man sie nicht als Ausdruck eines einheitlichen, fest umgrenzten juristischen Begriffes ansprechen kann: sie sind nur ein wirtschaftlicher Sammelname für Versprechen, durch die jemand für irgend etwas einzustehen sich verpflichtet.

Aus diesem weiten Gebiete hat sich im Laufe der Zeit der juristische Begriff des Garantievertrages herausgebildet. Als solchen bezeichnet man im Anschluß an Stammler, der zuerst (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 69 S. 1 ff.) eine klare Definition aufgestellt hat, den selbständigen Vertrag, durch den jemand unentgeltlich das mit einem auf Vermögenserwerb gerichteten fremden Handeln oder Unternehmen verbundene Risiko aus irgend einem tatsächlichen oder rechtlichen Interesse, um dieses Handeln oder Unternehmen zu fördern, auf sich nimmt.

Eine gesetzliche Regelung ist bisher dem Garantievertrage nicht zu Teil geworden. Da jedoch nach unserer Rechtsordnung die Parteien Schuldverhältnisse jeden Inhalts nach Bedürfnis frei vereinbaren können, so ist an der Gültigkeit seines Abschlusses, wenn er ein schutzwürdiges Interesse verfolgt und nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, nicht zu zweifeln. Ein solcher nicht besonders geregelter Vertrag würde den allgemeinen Normen über Schuldverhältnisse und Verträge unterstehen. Für besonders häufig vorkommende und Eigenart aufweisende Verträge pflegt der Gesetzgeber eigene spezielle Grundsätze aufzustellen, durch die sie zu besonderen Vertragstypen mit eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen werden. So sind nach dem Inkrafttreten des BGB der Versicherungsvertrag und der Verlagsvertrag besonders reichsgesetzlich geregelt worden, für deren besondere Regelung man zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuches ein Bedürfnis nicht annahm. Für den Garantievertrag ist dies, wie gesagt,

bisher nicht geschehen, obgleich infolge seiner immer mehr steigenden wirtschaftlichen Bedeutung das Bedürfnis gesetzlicher Regelung besteht, wohl deshalb nicht, weil man über sein Wesen nicht einig war. Daß die Redaktoren des BGB den oben aufgestellten Begriff des Garantievertrages nicht erkannt haben, beweist die Bemerkung in den Motiven Bd. II, S. 658, der Garantievertrag entziehe sich wegen der Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantie zum Zweck und Inhalt hätten, der allgemeinen Regelung und als besonderer Fall des Garantievertrages stelle sich die Bürgschaft dar. Offenbar schwebte ihnen dabei jenes oben erwähnte weite Gebiet von Garantieversprechen im wirtschaftlichen Sinne vor, und es ist zu begrüßen, daß damals eine gesetzliche Regelung dieses unjuristischen Sammelbegriffs, die nur Verwirrung angerichtet hätte, nicht stattgefunden hat.

Unsere Aufgabe soll es nun sein, das Wesen des Garantievertrages zu erforschen, dem Richter dadurch Anhaltspunkte zu dessen Beurteilung zu geben und gleichzeitig Vorschläge für eine eventuelle gesetzliche Regelung zu machen.

Da auch ein Gewohnheitsrecht nicht besteht — denn bei der Unklarheit der Kontrahenten über Wesen und Rechtsfolgen ist von einer opinio necessitatis nicht die Rede — und die allgemeinen Grundsätze der Schuldverhältnisse und Verträge keine befriedigende Regelung ergeben, so liegt es dem Richter im Einzelfalle ob, die Lücke auszufüllen und zu prüfen, welchen Normen der Fall zu unterstellen ist. Dem Richter hat aber die Wissenschaft Anhaltspunkte zu geben.

Wir werden zunächst im I. Abschnitt kurz auf die geschichtliche Entwicklung des Garantievertrages und seine Beurteilung eingehen und unter Benutzung der gewonnenen Ergebnisse eine Prüfung der in den einzelnen Fällen immer wiederkehrenden Momente vornehmen; dann im II. Abschnitt den Begriff des Garantievertrages, d. h. die Voraussetzungen, welche ein Vertrag haben muß, damit man ihn in die Kategorie der Garantieverträge einreiht, festzustellen und ihn vor allem von verwandten Vertragstypen abzugrenzen versuchen; endlich werden wir im III. Abschnitt prüfen, welchen Rechtsnormen er unterliegt, welche Rechtsfolgen sich an seinen Abschluß knüpfen: ist er keinem verwandten Vertragstypus zu unterstellen, so wird zu untersuchen sein, ob nicht eine analoge Anwendung der Grundsätze oder doch einzelner Grundsätze eines anderen Vertrages zulässig ist; ist dies nicht der Fall, so sind die Rechtsnormen aus dem vom Prinzip

von Treu und Glauben beherrschten Geiste unseres Rechts zu entnehmen, also das zur Anwendung zu bringen, was wirtschaftlich zweckmäßig ist, den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht und den berechtigten Interessen der Parteien förderlich ist. Dieser Gedanke hat Ausdruck gefunden in der im BGB als überflüssig nicht aufgenommenen Bestimmung des I. Entwurfs: „auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung; in Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend". Und ähnlich das schweizerische Civilgesetzbuch von 1907 im Art. I Abs. I: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde".

Erster Abschnitt.

Die geschichtliche Entwickelung des Garantievertrages.

§ 2.

Dem römischen Recht war unter dem Namen promissio indemnitatis ein, soweit sich feststellen läßt, mit dem Garantievertrage im wesentlichen übereinstimmendes Rechtsinstitut bekannt. Eine Definition dieses Versprechens gibt es uns nicht, wir finden nur an einigen Stellen des corpus iuris bei Gelegenheit der Besprechung des S. C. Vellejanum Fälle solcher Schadloshaltungsversprechen eingeflochten. So wird es in L. 8 § 1, D. 16, 1 als promissio indemnitatis bezeichnet, wenn eine Mutter den Vormündern ihres Sohnes gegenüber, um sie zu veranlassen, von der Veräußerung von Grundstücken ihres Mündels Abstand zu nehmen, verspricht, sie werde sie für den Fall, daß ihrem Sohne infolge der Unterlassung der Veräußerung Schaden erwachse und die Vormünder dafür zur Verantwortung gezogen würden, schadlos halten. Die Mutter nimmt hier, weil sie Interesse daran hat, daß die Grundstücke ihres Sohnes nicht veräußert werden, das Risiko, welches mit diesem Nichtveräußern für die Vormünder verbunden ist, durch das Versprechen auf sich, um dadurch die Vormünder zu dem Nichtveräußern zu bestimmen. Ebenso finden sich Fälle von promissiones indemnitatis in L. 6 pr. C. 4, 29; L. 2, C. 5, 46; L. 19 pr. D. 16, 1, Fälle, die mit dem eben erwähnten darin übereinstimmen, daß jemand, um einen anderen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu veranlassen, die Gefahr dieser Handlungsweise auf sich nimmt, indem er ihm Schadloshaltung dabei verspricht. Alle diese Fälle sind gelegentlich der Erörterung des S. C. Vellejanum angeführt mit dem ausdrücklichen Betonen, daß sie nicht als Interzessionen, sondern als Versprechen, die eine selbständige Verpflichtung begründen, aufzufassen seien. Fest steht demnach, daß das römische Recht selbständige Schadloshaltungsversprechen kannte, bei denen der Versprechende dem Versprechensempfänger gegenüber die Haftung für den Schaden aus einem bestimmten Verhalten desselben übernimmt, und daß es diese Ver-

sprechen n e b e n die Interzessionen stellte, bei denen jemand für eine fremde Schuld einzustehen verspricht. Mehr als die Erzählung einiger Fälle von promissiones indemnitatis bietet uns jedoch das römische Recht nicht, insbesondere schweigt es darüber, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen. Daß in Rom zur Zeit seiner wirtschaftlichen Blüte tatsächlich Garantieverträge abgeschlossen worden sind, zeigt folgender von Suetonius in seiner Biographie des Claudius cap. 18 erzählte Fall: Bei einer in Rom ausgebrochenen Hungersnot wollte der Kaiser, daß seinem Lande möglichst schnell Getreide zugeführt würde. Er sicherte deshalb den Rhedern und Getreidehändlern zu, er werde ihnen für den Fall, daß sie beim Transport durch Unwetter Schaden erleiden sollten, diesen Schaden ersetzen. Suetonius gibt nur eine Erzählung des Falles, ohne ihn irgendwie juristisch zu qualifizieren. Er bietet jedoch ein typisches Beispiel für einen Garantievertrag.

Der Grund, weshalb die Römer für die selbständige promissio indemnitatis keine besonderen Rechtsnormen aufgestellt haben, liegt m. E. vor allem darin, daß sie damals noch nicht häufig vorkam, insbesondere sehr selten die Gerichte beschäftigte, sodaß zur besonderen Normierung ihrer Rechtsfolgen kein Bedürfnis vorhanden war. Auch dem bei uns gesetzlich normierten Versicherungsvertrage haben ja die Römer keine besondere Regelung zu Teil werden lassen und zwar m. E. aus demselben Grunde. Um dem Versprechen Klagbarkeit zu verleihen, kleidete man es in der Regel in die Form der stipulatio oder, wenn dies z. B. inter absentes nicht möglich war, bediente man sich des Mandats. Beispiele für den letzteren Fall finden sich in L. 32, D. 17, 1 und L. 19, D. 16, 1. In beiden Stellen ist die Sachlage so, daß jemand dem Delaten, der zögert, eine ihm angefallene Erbschaft anzutreten, den Auftrag gibt, die Erbschaft anzunehmen. Wird der Delat dann infolge der Annahme geschädigt, so steht ihm gegen den Mandanten die actio mandati contraria auf Ersatz des Schadens zu, wodurch wirtschaftlich dasselbe wie mit der promissio indemnitatis erreicht wird.

Dieser Rechtszustand bestand im wesentlichen das ganze Mittelalter hindurch bis in die Neuzeit fort. Die wissenschaftlichen Erörterungen, welche Glossatoren und Postglossatoren an die von der promissio indemnitatis handelnden Stellen knüpften, beschränkten sich darauf, zu konstatieren, daß dieses Versprechen etwas Selbständiges und von den Interzessionen abzusondern sei. Den hieraus notwendigen Schluß zu ziehen, daß nämlich wegen dieser Selbständigkeit

und der Verschiedenheit von anderen Rechtsinstituten das Versprechen auch eigenen Normen zu unterstellen sei, unterließ man jedoch. Vielmehr subsumierte man die vorkommenden Garantieverträge schlechthin unter eine gesetzlich ausgebildete Vertragsart, insbesondere die Bürgschaft und wandte die hierfür aufgestellten Rechtssätze auf sie an.

Große Verwirrung und Rechtsunsicherheit riefen dann vor allem die italienischen und unter ihrem Einfluß die deutschen Rechtsgelehrten hervor, indem sie einen ganz allgemeinen Begriff der promissio indemnitatis aufstellten und diesem alle möglichen Versprechen, bei denen es sich in irgend einer Weise um Schadloshaltung handelte, einreihten, z. B. die Bürgschaft, die Versicherung, unselbständige Gewährleistungsversprechen und Fälle gesetzlicher Verpflichtung zum Ersatz eines Schadens. Dieser allgemeine Indemnitätsbegriff wurde im 16. und 17. Jahrhundert von Anhängern der Schule der Praktiker als juristisch unbrauchbar bekämpft. Die einzelnen Rechtsinstitute, die jener Sammelbegriff umfaßt hatte, stellte man wieder als verschieden nebeneinander, und so wurde vereinzelt auch der Begriff der promissio indemnitatis im Sinne unseres Garantievertrages aufgestellt, ohne daß man jedoch irgendwo ein näheres Eingehen auf sein Wesen und seine Rechtsfolgen findet.

Im Gegensatz zu diesem fast völligen Ignorieren des Garantievertrages in der Gesetzgebung und juristischen Literatur trifft man ihn im 18. und 19. Jahrhundert im praktischen Leben schon ziemlich häufig an. Besonders charakteristisch für seine Entwicklung zu jener Zeit ist das Aufkommen der sog. Zinsen- und Dividendengarantien. Infolge eines allgemeinen wirtschaftlichen Aufschwunges waren viele zu Wohlstand gekommen und verfügten über einen gewissen Geldvorrat, den sie gewinnbringend anlegen wollten. Sowohl sie als Geschäftsleute als auch der Staat zum Wohle der Allgemeinheit hatten ein Interesse daran, daß die allgemeinen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse, z. B. durch Bau von Eisenbahnen, Anlage von Kanälen und dergleichen gehoben würden. Eine Anzahl kapitalkräftiger Leute schloß sich deshalb zusammen und gründete eine Aktiengesellschaft, z. B. zum Bau und Betrieb einer bestimmten Eisenbahnstrecke. Den Aktionären, die ihr Geld durch Uebernahme von Aktien in das Unternehmen einschossen, sicherte dann die Gesellschaft einen bestimmten Zinsfuß von dem eingelegten Gelde aus dem Ertrage der Bahn zu. Dafür, daß die Gesellschaft den Zins auch ausbezahlte, übernahm der Staat den Aktionären gegenüber die Garantie. In anderen Fällen garan-

tierte der Staat der Gesellschaft oder, wenn es ein Einzelunternehmer war, diesem dafür, daß das geplante Unternehmen soviel abwerfen werde, daß sie eine bestimmte Dividende bekämen. Der Unterschied dieser beiden Arten von Garantie-Zusagen besteht darin, daß in den ersteren Fällen die Erfüllung einer fremden Schuld garantiert wird, also Bürgschaft vorliegt, während in den letzteren Fällen für einen bestimmten Erfolg eines Unternehmens unabhängig von der Zahlungspflicht eines Dritten aus Interesse an dem Unternehmen garantiert wird. Dieser Tatbestand fällt unter den oben erwähnten Garantievertrags-Begriff. Nach dem Vorbilde des Staates übernahmen solche Garantien bald auch Gemeinden und andere öffentliche Verbände, dann auch private Verbände und einzelne Private, wenn sie an dem Zustandekommen eines Unternehmens Interesse hatten. So in dem vom Reichsoberhandelsgericht (Entsch. des R. O. H. G. Bd. XII, S. 66 ff.) behandelten Falle, in dem eine Anzahl Einwohner des Kreises Tilsit einer Bank dafür garantieren, daß sie durch Uebernahme der Aktien einer zur Ausführung einer Eisenbahn von Tilsit nach Insterburg gegründeten Gesellschaft keine Verluste erleiden würde.

Das häufigere Vorkommen von Garantieverträgen hatte naturgemäß zur Folge, daß sich die Gerichte auch häufiger mit ihnen befassen mußten. Da jedoch weder das Gesetz noch die Wissenschaft dem Richter Anhaltspunkte für die Beurteilung dieses Rechtsinstituts gab, so war die Rechtsprechung unsicher und schwankend. Der Richter, der in Anlaß eines Einzelfalles nicht in der Lage war, das Wesen des Garantievertrages zu durchforschen, reihte ihn einer verwandten Vertragsart ein, was oft zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen führte.

Einige Beachtung schenkten zuerst Girtanner im Jahre 1852 und Hasenbalg im Jahre 1870 in ihren Werken über die Bürgschaft dem Garantievertrage, indem sie das selbständige Schadloshaltungsversprechen der Schadlosbürgschaft gegenüberstellten. Näheres hierüber werden wir weiter unten ausführen. Dem Gedanken, daß in unserem Recht der Garantievertrag als eine selbständige Vertragsart, die ihren eigenen Normen untersteht, anzusehen ist, hat als erster Windscheid in seinen Pandekten (9. Auflage Bd. II S. 817) in bestimmter Weise Ausdruck gegeben: während die Römer mangels besonderer Regelung gezwungen gewesen seien, sich zur Erreichung der Zwecke des Garantievertrages der stipulatio oder des mandatum zu bedienen, sei für

uns bei der herrschenden Formlosigkeit der Verträge kein Bedürfnis vorhanden, einen solchen Vertrag unter eine andere Kategorie zu stellen als unter seine eigene. Er definiert dann den Garantievertrag als den Vertrag, durch den jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde. Sehr eingehend hat sich dann Stammler mit dem Garantievertrag beschäftigt. Auch heute kann diese Arbeit in den meisten Fragen auf diesem Gebiete noch als grundlegend bezeichnet werden. Außer einigen kleinen Aufsätzen, auf die wir an gegebener Stelle eingehen werden, beschäftigen sich auch alle unsere größeren Lehrbücher und Kommentare zum BGB in ihren neuesten Auflagen kurz mit dem Garantievertrage und zwar in der Regel bei Gelegenheit der Besprechung der Bürgschaft. Die dort vertretenen Ansichten werden wir im Laufe unserer Ausführungen einer kritischen Betrachtung unterwerfen. In neuester Zeit, während ich mich schon mit der Bearbeitung dieses Stoffes beschäftigte, sind noch eine Reihe von Dissertationen über den Garantievertrag erschienen, auf die ich, da sie in wesentlichen Punkten zum Teil grundverschiedene Ansichten vertreten, an passender Stelle auch eingehen werde. Schließlich ist der Garantievertrag auch schon in manchen Beziehungen Gegenstand der Beurteilung bei den obersten Gerichten gewesen. Die in den mir bekannt gewordenen Entscheidungen vertretenen Ansichten werden wir ebenfalls kritisch würdigend verwerten. Die Betrachtung der Fälle, die von der Rechtsprechung entweder ausdrücklich als selbständige Schadloshaltungsversprechen, Garantieversprechen oder Garantieverträge bezeichnet oder als solche ausdrücklich abgelehnt worden sind, ergibt, daß die Rechtsprechung im wesenlichen übereinstimmend als Garantievertrag den selbständigen Vertrag bezeichnet, bei dem jemand einem anderen Schadloshaltung oder einen bestimmten Erfolg bei einer bestimmten Handlungsweise verspricht.

Zweiter Abschnitt.

Feststellung der Begriffsmomente des Garantievertrages und seine Abgrenzung von verwandten Rechtsinstituten.

§ 3.

Welche Merkmale muß ein Vertrag haben, damit er als Garantievertrag mit den später zu bestimmenden Rechtsfolgen bezeichnet werden kann?

Wir schließen uns bei Erörterung dieser Frage an Stammler an, wonach vier Momente charakteristisch sind: Selbständigkeit, Einseitigkeit, Uebernahme des mit fremdem auf Vermögenserwerb gerichtetem Handeln verbundenen Risikos, Unterstützung und Förderung dieses Unternehmens.

1. Der Vertrag muß ein selbständiger sein, d. h. unabhängig von anderen Verträgen. So auch Enneccerus I,2 S. 515 und Neumann I S. 552; und auch das Reichsgericht hat in einigen Entscheidungen Garantiezusagen mangels ihrer Selbständigkeit als nicht unter den Begriff der Garantieverträge fallend bezeichnet, z. B. im Recht 1908 Ziff. 1362 und 1668, 1909 Ziff. 1864.

Ob der Garantievertrag für sich allein steht oder ob er, ohne seine Selbständigkeit und Eigenart einzubüßen, in äußerlicher Verbindung mit einem anderen Vertrage vorkommt, sog. verbundener Garantievertrag (Stammler), ist für seine rechtliche Behandlung gleichgültig. Mit Unrecht wird die letztere Möglichkeit bestritten von Wienstein (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31 S. 1 ff.). Er meint, daß in allen den Fällen, wo ein Garantieversprechen zufällig mit einem anderen Vertrage zusammentreffe, das Garantieversprechen nur eine Ausgestaltung des Hauptvertrages sei. Er leugnet zwar nicht, daß Vertragsverbindungen in der Weise vorkommen, daß jeder Vertrag seine Selbständigkeit behält und die für ihn geltenden Regeln auf ihn Anwendung finden, meint aber, in allen den Fällen, wo sonst die Frage nach dem verbundenen Vorkommen verschiedener Vertrags-

arten erörtert worden sei, handele es sich um Verträge, deren Eigenart längst festgestanden habe; wollte man eine solche Verbindung eines Vertrages mit dem Garantievertrage anerkennen, dann würde ja ein Vetrag schon zu einer Zeit, wo er zuerst in seiner Besonderheit erkannt wurde, eine so bestimmte Ausprägung erhalten haben, daß er, ohne seine Eigenart einzubüßen, sich mit anderen Vertragsarten verbinden könnte. Warum das nicht möglich sein soll, gibt Wienstein nicht an. Ich halte seine Ansicht aus folgenden Erwägungen für unrichtig. Infolge der in unserem Recht herrschenden Vertragsfreiheit kann jede erlaubte Leistung zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werden. Weshalb nun ein gesetzlich nicht besonders geregelter und in seiner Eigenart noch nicht genau erforschter Vertrag, der, wenn er allein vorkommt, gültig ist, seine Selbständigkeit dann verlieren soll, wenn er zufällig oder durch wirtschaftliche Umstände veranlaßt in Verbindung mit einem gesetzlich besonders geregelten Vertrag vorkommt, ist nicht einzusehen. Als ein Beispiel, wie ein Garantievertrag in Verbindung mit einem anderen Vertrage vorkommen und in seinen Wirkungen von diesem Vertrage in gewisser Abhängigkeit stehen kann, im übrigen aber ganz den Regeln des Garantievertrages unterliegt, mag folgender Fall dienen: A verkauft dem B seine Fabrik, gleichzeitig garantiert er, daß infolge Aufschlages der Produkte der Fabrik diese in Zukunft einen bestimmten Reingewinn abwerfen werde. Der Garantievertrag ist hier insofern von dem Kaufvertrage abhängig, als er, wenn dieser nicht zur Ausführung gelangt, auch hinfällig ist, im übrigen untersteht er jedoch nur seinen eigenen Normen.

Durch dieses Erfordernis der Selbständigkeit des Vertrages werden die von den Parteien wie den Gerichten oft als Garantieverträge behandelten zahlreichen Fälle von unselbständigen Gewährleistungsversprechen ausgeschieden, die nur zum Zwecke oder zur Modifizierung eines anderen Vertrages in Verbindung mit diesem vorkommen. Mit Recht unterscheidet Ebbecke (Recht 1911 S. 817 ff.) zwei Hauptgruppen: 1) die Fälle, in denen eine Garantie durch selbständigen Garantievertrag zugesichert wird und 2.) die Fälle, bei denen die Zusicherung der Garantie einem andern Vertrage als Nebenabrede eingefügt ist. Aus der zweiten Gruppe scheidet Ebbecke dann noch die allgemeinen, unverbindlichen Anpreisungen aus: Diese haben meist keine rechtlichen Folgen, da sie zu allgemein gehalten und oft offensichtlich nicht ernstlich gemeint sind.

Welche Versprechen wir unter den sogenannten unselbständigen Gewährleistungsversprechen im einzelnen verstehen, werden wir jetzt zum Teil an praktischen Beispielen erläutern.

Sehr häufig wird beim Abschluß von Kauf-, Miet-, Werkverträgen etc. durch besonderes Versprechen die gesetzliche Haftung einer Partei erweitert, und dabei bedient man sich mit Vorliebe des Ausdrucks „garantieren". So findet man oft die Abmachung, daß der Verkäufer einer Sache dem Käufer für besondere Eigenschaften derselben oder für das Fehlen gesetzlich von ihm nicht zu vertretender Mängel oder der Unternehmer beim Werkvertrage für besondere Brauchbarkeit oder Leistungsfähigkeit des von ihm zu liefernden Werkes garantiert. Hier handelt es sich nicht um einen Garantievertrag mit selbständigem Charakter, sondern um Nebenberedungen, die dem Zwecke des Hauptvertrages untergeordnet und diesen zu fördern bestimmt sind und die als Bestandteil des Hauptvertrages in erster Linie dessen Regeln unterliegen. (Vgl. Enneccerus I,2 S. 515.) Entsprechen jedoch jene unselbständigen Garantiezusagen abgesehen von dem Mangel der Selbständigkeit im übrigen den Erfordernissen des Garantievertrages, dann können m. E. ergänzend, soweit die Folgen des Garantieversprechens in Betracht kommen, die Vorschriften über den Garantievertrag analoge Anwendung finden, sofern dies dem Gesamtzweck des Hauptvertrages nicht entgegensteht.

Als häufig vorkommende Fälle von unselbständigen Garantieversprechen sind noch zu erwähnen die Vereinbarung einer Garantiezeit zwischen dem Verkäufer und Käufer, innerhalb der der Verkäufer für alle Mängel der verkauften Sache ohne Rücksicht auf die gesetzliche Verjährungsfrist aufzukommen hat; ferner das Versprechen des Schuldners einer Sache, der gesetzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen hat, er werde auch für zufälligen Untergang der zu leistenden Sache oder für sonstige unverschuldete Unmöglichkeit aufkommen. Anders ist es, wenn jemand eine zur Zeit der Abgabe des Versprechens schon unmögliche Leistung verspricht und dafür garantiert, daß die Leistung erfüllt werden würde. Dieses Garantieversprechen ist selbständig und stellt sich, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, als Garantievertrag dar.

Auch das Reichsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen derartige Garantiezusagen ausdrücklich als nicht unter den Begriff des Garantievertrages fallend bezeichnet. So erblickt es in den im Recht 1908 Ziff. 1362 und 1668 und

Recht 1909 Ziff. 1864 aufgeführten Entscheidungen in der Garantie für besonders gute Ausführung, für bestimmte Leistungsfähigkeit, für tadelloses Funktionieren, für eine bestimmte Arbeitsweise oder einen bestimmten Arbeitserfolg eines zu liefernden Werkes kein selbständiges Garantieversprechen, sondern eine Erweiterung der gesetzlichen Unternehmerhaftung oder eine Zusicherung von besonderen Eigenschaften, die im Rahmen des Werkvertrages bleibe. Ferner bezeichnet das Oberlandesgericht Karlsruhe in einer im Recht 1906 Ziff. 633 angeführten Entscheidung die vertragsmäßige Erweiterung der Haftung des Verkäufers einer Sache inbezug auf den Zeitpunkt, bis zu welchem die Sache die zugesicherten Eigenschaften haben muß, als eine Vereinbarung im Rahmen des Hauptvertrages. Den Fall dagegen, daß bei einem Kaufvertrage der Verkäufer die Zusicherung macht, eine zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandene Eigenschaft werde auch in Zukunft fortdauern oder eine in diesem Zeitpunkt nicht vorhandene Eigenschaft werde sich in Zukunft einstellen, hat das Reichsgericht, nachdem es ihn einmal in einer im Recht 1906 Ziff. 633 angeführten Entscheidung als Versprechen im Rahmen des Hauptvertrages bezeichnet hat, in zwei späteren, im Recht 1907 Ziff. 23 und 1909 Ziff. 652 angeführten Entscheidungen als selbständigen Garantievertrag bezeichnet. Ferner hat das Reichsgericht noch in folgenden beiden Fällen das Vorliegen von selbständigen Garantieverträgen angenommen: Jemand verkauft einem anderen ein Haus und garantiert ihm dabei dafür, daß er in dem Hause die Wirtschafts-Konzession erhalten werde (RGE. Bd. 13 Nr. 487); der Unternehmer beim Werkvertrag verpflichtet sich, das Werk so herzustellen, daß es eine gewisse Kundschaft erlange und eine gewisse Menge seiner Produkte Absatz fänden (Gruchot Bd. 51 S. 942 ff.).

Es fragt sich, wo hier die Grenze zu ziehen ist, wann also ein im Zusammenhang mit einem anderen Vertrage vorkommendes Garantieversprechen als selbständiges oder als unselbständiges anzusehen ist. Stammler bezeichnet als sicheres Kennzeichen und praktisches Hülfsmittel hierfür die Prüfung der Frage, wie die Sache sich gestalten würde, wenn nicht der Kontrahent des anderen Vertrages, sondern ein Dritter die Garantie übernommen hätte. Er meint, wenn sich dabei ergebe, daß dann für den Kontrahenten immer noch irgend welche Haftung für eine Gefahr der durch die Garantiezusage übernommenen Art übrig bleiben würde, dann habe man es mit einem unselbständigen Garantieversprechen, andernfalls mit zwei selbständigen Verträgen,

darunter einen Garantievertrag, zu tun. Dieses Unterscheidungsmerkmal ist m. E. insofern richtig, als in allen den Fällen, bei denen durch das Garantieversprechen eine aus dem anderen Vertrage bestehende gesetzliche Haftung vertragsmäßig erweitert wird, dem Versprechen der Charakter eines selbständigen Vertrages fehlt. Jedoch gibt es auch darüber hinaus noch Fälle, bei denen das Garantieversprechen der Selbständigkeit entbehrt. So möchte ich z. B. die vom Verkäufer einer Sache gemachte Zusicherung, eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft der Sache werde auch in Zukunft fortdauern oder eine Eigenschaft werde sich in Zukunft einstellen, welchen Fall, wie schon erwähnt, das Reichsgericht als selbständigen Garantievertrag bezeichnet hat, als unselbständiges Gewährleistungsversprechen ansprechen, obwohl irgend welche Haftung dieser Art für den Verkäufer nicht besteht. Diese Zusicherungen stellen sich nämlich m. E. lediglich als Nebenberedungen zu dem Kaufvertrage dar, die in dessen Rahmen nur dessen Zweck zu fördern bestimmt sind.

Ich bin der Ansicht, daß, wenn ein Garantieversprechen in Verbindung mit einem anderen Vertrage vorkommt, zu prüfen ist, ob das Versprechen der Leistung aus dem anderen Vertrage gegenüber nur als Nebenberedung erscheint und deren Zwecken untergeordnet ist oder nicht. Ein sicheres, für alle Fälle entscheidendes äußeres Kennzeichen gibt es hierfür nicht. Wie bei allen Vertragsverbindungen muß es auch hier im Einzelfall der Entscheidung des Richters überlassen bleiben, ob das Versprechen als Nebenberedung zu dem anderen Vertrage oder als selbständiger Vertrag anzusehen ist. So bin ich z. B. mit dem Reichsgericht der Ansicht, daß in der Garantie des Verkäufers eines Hauses, der Käufer werde in Zukunft die Wirtschaftskonzession erhalten, und in der Garantie des Unternehmers, das von ihm zu liefernde Werk werde eine gewisse Kundschaft erlangen, ein selbständiger Garantievertrag neben dem Kauf- bezw. Werkvertrag zu erblicken ist. Bemerkt sei noch, daß es von sehr großer praktischer Wichtigkeit nicht ist, ob man in einem zweifelhaften Falle dieses oder jenes annimmt, da ja unseres Erachtens, wie oben ausgeführt, auch auf die unselbständigen Garantieversprechen ergänzend, soweit die Leistung aus diesen Versprechen in Betracht kommt, die Garantievertrags-Normen analoge Anwendung finden können.

Weiterhin findet man im Leben oft Fälle, daß bei einem gegenseitigen Vertrage die der einen Partei ob-

liegende Leistung ganz oder teilweise in Form eines Garantieversprechens bestimmt wird. An zwei praktischen Beispielen soll dies erläutert werden: Ein Schauspieler wird zu einem Gastspiel engagiert, als Entgelt für sein Auftreten wird ihm ein bestimmter Prozentsatz des Reinertrages der Vorstellung versprochen, für einen bestimmten Betrag als Minimum wird ihm garantiert. — Ein Verein, der eine Festlichkeit veranstalten will, mietet von einem Wirt zu diesem Zwecke einen Saal. Als Entgelt sichert der Verein dem Wirt zu, er werde bei der Festlichkeit an Speisen und Getränken eine bestimmte Summe verdienen. In beiden Fällen liegt nur ein einheitlicher Arbeits- bezw. Mietvertrag vor. Das Besondere ist nur, daß die der einen Partei obliegende Leistung aus diesen Verträgen in Form eines Garantieversprechens bestimmt ist. Dieses bildet keinen selbständigen Vertrag, sondern ist Bestandteil des Arbeits- bezw. Mietvertrages und unterliegt in erster Linie deren Regeln. Die Klage auf Zahlung des garantierten Betrages ist die Klage aus dem Arbeits- resp. Mietvertrage. Jedoch können auch hier auf die Garantieleistung die Vorschriften über den Garantievertrag analoge Anwendung finden.

Wienstein vertritt die Ansicht, ein Garantieversprechen in Verbindung mit einem entgeltlichen Vertrage stelle sich immer als ein Teil der Regelung des Entgelts heraus. An einem praktischen Beispiel wollen wir diese Ansicht zu widerlegen versuchen: Eine Stadt stellt einen Arzt gegen festes Gehalt an und bewegt ihn zur Uebernahme der gering dotierten Stelle durch die Garantie, er werde durch Privatpraxis ein bestimmtes Nebeneinkommen haben. Wienstein sieht darin einen gegenseitigen Vertrag, bei dem die eine Leistung der Stadt fest, die andere bedingt versprochen sei. Mit Grell S. 7 bin ich jedoch der Ansicht, daß der Inhalt des Dienstvertrages seitens des Arztes in der Leistung der der Stadt versprochenen Dienste und seitens der Stadt in dem hierfür versprochenen Entgelt besteht und damit erschöpft ist. Daneben übernimmt sie, weil sie im Interesse der Allgemeinheit den Wunsch hat, daß ein Arzt in der Stadt wohnt, und auch nach den ihr bekannten Verhältnissen in der Stadt hoffen kann, daß ein Arzt die garantierte Summe aus der Privatpraxis erzielen werde, die Garantie. Dadurch erhöht sie aber keineswegs, auch nicht bedingt, die ihr aus dem Dienstvertrage obliegende Leistung. Erweist sich die Privatpraxis für den Arzt als nicht entsprechend ergiebig und wird die Stadt deshalb in Anspruch genommen, so haftet sie hierfür nur aus dem neben dem

Dienstvertrage bestehenden selbständigen Garantievertrage. Die beiden Abmachungen stehen zwar untereinander in einem gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis, insofern als der Arzt ohne das Garantieversprechen den Dienstvertrag nicht unter den Bedingungen abgeschlossen hätte und das Garantieversprechen ohne die Ausführung des Dienstvertrages keine Wirkungen äußern kann, aber hierdurch wird den Abmachungen der Charakter von selbständigen Verträgen nicht genommen. Diese Auslegung der Abmachungen zwischen Stadt und Arzt entspricht m. E. am meisten einem gesunden Rechtsempfinden, wobei nicht verkannt werden soll, daß bei entsprechender Vereinbarung die Abmachungen auch als Gegenstand e i n e s Vertrages vorkommen können. Auf jeden Fall glaube ich hierdurch die Ansicht Wiensteins widerlegt zu haben.

Von einem selbständigen Garantievertrage darf man mithin nur dann sprechen, wenn die Uebernahme der Garantie den selbständigen Inhalt eines Vertrages bildet, nicht dann, wenn dadurch lediglich als Nebenabrede der Inhalt eines anderen Vertrages modifiziert wird.

Daß ein selbständiger Garantievertrag nicht vorliegt im Falle der Bürgschaft, bei der die Verbindlichkeit des Bürgen abhängig ist von der des Hauptschuldners, wird später ausgeführt werden.

2. Ein weiteres Begriffsmerkmal des Garantievertrages ist nach Stammler, daß er ein einseitig, nur den Garanten verpflichtender Vertrag sei, daß dieser also das Garantieversprechen unentgeltlich abgebe. Zur Prüfung, ob die Aufstellung dieses Begriffsmoments für den Garantievertrag gerechtfertigt ist, wollen wir den gesetzlich geregelten Versicherungsvertrag heranziehen.

Als Versicherungsvertrag bezeichnet man den selbständigen Vertrag, durch den sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, im Falle des Eintritts eines bestimmten, ungewissen, nachteiligen Ereignisses dem anderen den durch dieses Ereignis verursachten Schaden zu ersetzen. Garantie- und Versicherungsvertrag stimmen demnach darin überein, daß die der einen Partei drohende, ungewisse Gefahr von der anderen übernommen wird, indem diese einen eventuell eintretenden Schaden zu ersetzen verpflichtet ist. Wird ein solches Versprechen gegen eine Prämie d. h. gegen Entgelt von Seiten der anderen Partei abgegeben, dann haben wir es mit einem Versicherungsvertrage, der notwendig gegenseitig verpflichtend ist, zu tun. Garantievertrag kann also

ein solches Versprechen nur dann sein, wenn es unentgeltlich abgegeben worden ist.

Cosack (Handelsrecht S. 737) meint, nicht überall, wo der durch ein zufälliges Ereignis entstehende Schaden gegen Entgelt zu ersetzen versprochen werde, bestehe ein Versicherungsvertrag, sondern nur dann, wenn der Versprechende nach allgemeinen Erfahrungen das Durchschnittsrisiko berechne und ein dementsprechendes Entgelt verlange; berechne aber der Versprechende das Risiko nach der Lage des Einzelfalles für diesen, dann liege eine entgeltliche Garantieübernahme vor. Zum Beispiel: A versichert sich bei B derart, daß dieser ihm garantiert, das von ihm betriebene Geschäft werde in den nächsten 10 Jahren niemals einen größeren Jahresverlust als 3000 Mk. ergeben; als Entgelt sagt A dem B eine Prämie in Höhe von 10 % des in dieser Zeit etwa erzielten Jahresgewinnes zu. Weil in diesem Falle B das übernommene Risiko nur nach Lage des Einzelfalles abgeschätzt habe, sei eine entgeltliche Garantieübernahme, kein Versicherungsvertrag anzunehmen.

Der Ansicht, es sei Voraussetzung eines Versicherungsvertrages, daß der Versicherer das zu übernehmende Risiko nach allgemeinen Erfahrungen berechnet und danach die zu zahlende Prämie bestimmt, ist, wenn auch tatsächlich von den großen Versicherungsgesellschaften auf Grund ihrer langjährigen Erfahrungen vielfach so verfahren wird, nicht zuzustimmen. Diese Voraussetzung enthält das den Versicherungsvertrag regelnde Reichsgesetz von 1908 nicht, und sie wird mit Recht von Ehrenberg, das Versicherungsrecht, und Gerhard etc., Kommentar zum Versicherungsvertrage, verworfen. Die Ansicht Cosacks würde dazu führen, daß man überall da, wo sich jemand gegen ein Risiko auf einem Gebiete, auf dem man wegen dessen Neuheit noch keine allgemeinen Erfahrungen zu dessen Berechnung hat und dieses daher nach der Lage des Einzelfalles berechnen muß, versichert, entgeltlichen Garantievertrag, sobald man aber gewisse Erfahrungen dort gesammelt hat und danach das Risiko berechnet, Versicherungsvertrag annehmen müßte. Hierfür liegt kein Grund vor. Worin sollte sich auch jener sogenannte entgeltliche Garantievertrag in seinen Rechtsfolgen vom Versicherungsvertrag unterscheiden!

Liegt sonach Garantievertrag bei unentgeltlicher, Versicherungsvertrag bei entgeltlicher Uebernahme des Risikos vor, so ist zu betonen, daß für die Annahme eines Versicherungsvertrages erforderlich ist, daß die Leistung des

durch den Vertrag Gesicherten wirkliches Aequivalent für das Versprechen der Schadloshaltung sein muß. Damit scheiden zwei Fälle aus. Einmal können beim Versprechen der Schadloshaltung hinsichtlich eines Unternehmens dem Unternehmer gewisse Verpflichtungen z. B. bezüglich der Art und Weise des Betriebes des Unternehmens auferlegt werden. Zum Beispiel: Jemand will ein größeres Vergnügungs-Etablissement errichten. Da die Aufwendungen sehr groß sind und er befürchtet, daß die Einnahmen diese nicht decken würden, zaudert er. In der Nähe jenes Platzes befinden sich eine Anzahl Restaurants, die durch das Etablissement Zuzug erhoffen und auch glauben, es werde sich rentieren. Die Wirte garantieren nun dem Unternehmer für das finanzielle Gelingen des Unternehmens. Der Unternehmer verpflichtet sich dabei den Garanten gegenüber, das Unternehmen in ganz bestimmter Weise zu arrangieren. Eine solche Verpflichtung des Unternehmers stellt sich nicht als Gegenleistung für das Schadloshaltungsversprechen dar, sie ist vielmehr jenachdem als Auflage oder als Bedingung, von deren Erfüllung resp. Eintritt die Entstehung eines Anspruchs gegen den Garanten abhängig ist, aufzufassen. Der Vertrag verliert dadurch, daß der Versprechensempfänger eine derartige Verpflichtung übernimmt, nicht seinen Charakter als Garantievertrag, wird insbesondere nicht zu einem entgeltlichen Versicherungsvertrage. Vergleiche auch Stammler S. 48. — Sodann kann vereinbart werden, daß der aus dem gesicherten Unternehmen etwa erzielte Gewinn dem Uebernehmer des Risikos in irgend einer Weise zugute kommen soll. So in dem oben erwähnten Beispiel von Cosack, in welchem dem Uebernehmer des Risikos ein gewisser Prozentsatz des etwaigen Gewinnes des Unternehmens zugesichert wird. Ich nehme mit Ehrenberg I S. 64 an, daß eine solche unbestimmte Zusicherung nicht ein Entgelt im Sinne des Versicherungsvertrages ist, sondern nichts als eine vage Gewinnshoffnung. Es handelt sich hier nicht um einen „entgeltlichen" Versicherungsvertrag, sondern, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, um einen „unentgeltlichen Garantievertrag.

Zum Schluß mag noch folgender vom Oberlandesgericht Karlsruhe (OLGE Bd. 12 S. 98 ff.) entschiedener Fall kurz erörtert werden: A ist Schuldner des B und seine Schuld ist fällig. B stundet dem A seine Schuld, wofür A dem B verspricht, ihm den Ausfall bis zu einem bestimmten Betrage zu ersetzen, den dieser vielleicht im Konkurse X

an einer Forderung erleiden werde. Das Oberlandesgericht charakterisiert diesen Fall als ein selbständiges Einstehen für einen Ausfall gegen eine bestimmte Vergünstigung. Ein Garantievertrag ist in dieser Abmachung jedoch m. E. nicht zu erblicken. Geht der Zweck des Vertrages in erster Linie auf Stundung der Schuld und ist die Garantiezusage nur als Entgelt hierfür gedacht, dann liegt ein einheitlicher Stundungsvertrag vor, bei dem die Gegenleistung in Form einer Garantiezusage bestimmt ist. Ist dagegen in erster Linie eine Schadloshaltung des B in dem Konkurse X bezweckt und die Stundung der Schuld als Vergünstigung hierfür gedacht, dann haben wir einen entgeltlichen Schadloshaltungsvertrag d. i. einen Versicherungsvertrag vor uns.

Es ist sonach die Unentgeltlichkeit ein wesentliches Merkmal des Garantievertrages.

3. Wie steht es mit dem dritten von Stammler aufgestellten Erfordernis, daß beim Garantievertrag der Versprechende das mit einem auf Vermögenserwerb gerichteten fremden Handeln oder Unternehmen verbundene Risiko auf sich nehmen müsse?

Hier wirft sich zunächst die Frage auf, was das juristisch bedeutet „jemand übernimmt ein Risiko". Unter dem Risiko, das mit einer Handlungsweise verbunden ist, versteht man die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer wirtschaftlich nachteiligen Tatsache bei dieser Handlungsweise. Mit einer vorzunehmenden Handlung ist demnach ein Risiko verbunden, wenn es möglich ist, daß durch ihre Vornahme für den Handelnden, unabhängig von seinem freien Willen, eine ungünstige Vermögensänderung eintritt, wenn das Handeln seinem Charakter nach die Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung des Handelnden in sich birgt. Rechnet der Handelnde damit, daß er durch seine Handlungsweise keinen Schaden erleiden werde, dann besteht das Risiko in der Möglichkeit des Eintritts einer Vermögensverminderung, rechnet er damit, die Handlungsweise werde für ihn einen gewissen Gewinn abwerfen, dann besteht das Risiko in der Möglichkeit, daß diese erwartete günstige Vermögensänderung vereitelt wird. In beiden Fällen wird der Handelnde, wenn der erwartete Erfolg nicht eintritt, wirtschaftlich geschädigt. Risikoübernahme heißt demnach Uebernahme der Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung eines anderen und gegebenenfalls Ersatz eines eintretenden Schadens. Sehr treffend charakterisiert dies Unger in Jhrings Jahrbüchern, Bd. 33, S. 299, indem er ausführt: im allgemeinen gelte im Recht der Grundsatz, daß

jeder auf eigene Gefahr zu handeln habe und die nachteiligen Folgen seines Handelns nicht auf schuldlose dritte abwälzen könne, eine Ausnahme hiervon werde jedoch durch den Garantievertrag bewirkt, durch den ein anderer für den Schaden, der aus einem bestimmten Handeln oder Unternehmen entstehen könne, aufzukommen verspreche. Darüber, daß der Garant dem Garantieempfänger durch das Garantieversprechen diese Schadensgefahr bei einem Unternehmen abnimmt, herrscht in Literatur und Praxis kein Streit. Nur darüber ist man sich nicht einig, wie dieses Begriffsmoment zu formulieren ist. So definiert z. B. Neumann I, S. 552, der Garant verspreche für einen bestimmten Erfolg einzustehen, ebenso das Reichsgericht in einer bei Gruchot, Bd. 51, S. 591 ff, und das Kammergericht in einer in OLGE, Bd. 20, S. 236 aufgeführten Entscheidung. Wie Stammler und viele andere definiert das Reichsgericht (Juristische Wochenschrift 1899, S. 211 ff und Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 273): Der Garant übernehme das Risiko für eine fremde Unternehmung. Obgleich ja auch die erstere Definition das Wesen der Garantieleistung hinreichend zum Ausdruck bringt, so wird doch durch das Wort „Risiko" m. E. die dem Wesen des Garantievertrages eigentümliche Ungewißheit über den Ausfall der garantierten Handlungsweise treffender zum Ausdruck gebracht.

Die fremde Handlungsweise, deren Risiko der Garant übernimmt, kann mannigfaltig sein. Es kann sich um ein größeres Unternehmen, aber auch um eine einzelne Handlung handeln, auch kann das Unternehmen schon im Betrieb sein, nur darf dann sein Ausgang noch nicht feststehen, da sonst das zu übernehmende Risiko fehlt. So wird in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg (Hanseatische Gerichtszeitung 1905, Beiblatt 29) ausgeführt, daß ein Garantievertrag nur hinsichtlich einer vorzunehmenden, nicht einer vorgenommenen Handlung abgeschlossen werden könne. Als Beispiel der Garantie für ein größeres Unternehmen diene der in der Juristischen Wochenschrift 1899, S. 211 ff. angeführte Fall, wo mehrere das Risiko des finanziellen Gelingens einer großen Gewerbeausstellung übernehmen; und als Beispiel der Garantie für eine einzelne Handlung sei der im Recht 1905, Ziff. 355, aufgeführte Fall erwähnt, wo jemand einem anderen dafür garantiert, daß er infolge der Zurücknahme einer gegen einen Dritten angestrengten Forderungsklage keinen Schaden haben werde. In der Regel wird die garantierte Handlungsweise durch das Garantieversprechen erst veranlaßt oder ermöglicht.

Im Gegensatz zu Stammler, nach dem das garantierte Handeln oder Unternehmen auf Vermögenserwerb gerichtet sein muß, meine ich, daß es genügt, wenn die garantierte Handlungsweise ein schutzwürdiges Interesse verfolgt. Entgegen der Ansicht Wiensteins (S. 9 a. a. O.) kann insbesondere auch das mit einer Forderung verbundene Risiko dem Gläubiger gegenüber übernommen werden. Für diese Garantieverträge aber eine besondere Gruppe im Gegensatz zu den übrigen Garantieverträgen aufzustellen, wie es z. B. Förster unter der Bezeichnung „relative Garantieverträge", Grell unter der Bezeichnung „Garantieverträge im eigentlichen Sinne" und Bindewald in seiner Abhandlung über den „Garantievertrag auf Forderungsausfall" tun, erscheint mir überflüssig, da sie keine wesentlichen Besonderheiten aufweisen.. Des Näheren werden wir hierauf noch weiter unten zurückkommen.

Gegen Nachteile auf gesellschaftlichem, religiösem oder sittlichem Gebiete kann keine rechtswirksame Garrantie übernommen werden, da diese Gebiete dem Rechtsverkehr entzogen sind.

Zusammenfassend stellen wir demnach als weiteres Begriffsmerkmal für den Garantievertrag auf, daß der Garant dem Garantieempfänger gegenüber das mit einem schutzwürdigen Handeln oder Unternehmen desselben verbundene Risiko in bestimmtem Umfange übernimmt.

4. Als weiteres wesentliches Merkmal fordert Stammler, daß die unentgeltliche Uebernahme des Risikos eines fremden Unternehmens den Zweck der Unterstützung und Förderung desselben verfolge.

Ich sehe den wesentlichen Zweck des Garantievertrages darin, daß der Garant den Garantieempfänger gegen wirtschaftliche Nachteile bei dem garantierten Unternehmen sichern will. In allen den Fällen, wo der Versprechende diesen Sicherungszweck verfolgt, haben wir es, wenn die übrigen aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind, mit einem Garantievertrage zu tun. Gewiß ist in sehr vielen Fällen, insbesondere wenn das garantierte Unternehmen erst auf der Grundlage des Garantieversprechens begründet oder weitergeführt werden soll, die Absicht des Garanten die, das Unternehmen durch sein Versprechen zu unterstützen und zu fördern. Aber diese Absicht ist nur ein sich in seinem Innern abspielender Beweggrund für die Abgabe des Sicherungsversprechens. Und der Garant kann mit seinem Versprechen auch eine andere Absicht verfolgen, er kann z. B. einen viel vom Unglück verfolgten Freund durch die Sicherung zu

neuer Tätigkeit ermutigen wollen. Man kann nur mit Staub zu § 349, Anm. 60, sagen, daß man sich **insbesondere** des Garantievertrages bedient, um ein geplantes Unternehmen zu unterstützen.

Daß, wie vereinzelt angenommen wird, der Garantievertrag ein abstrakter Vertrag sei, ist nicht zutreffend. Die causa, die Sicherung des Garantieempfängers bei dem garantierten Unternehmen, ist dem Garantievertrage wesentlich und ein Bestandteil seines Inhalts. Würde jemand in Bereicherungsabsicht einen eventuellen Schaden zu ersetzen versprechen, so läge Schenkung vor, nicht Garantievertrag.

5. Wenn endlich Stammler betont, daß die Uebernahme des Risikos aus irgend einem tatsächlichen oder rechtlichen Interesse an dem Unternehmen erfolge, so ist auch dieses Moment nicht als wesentlich zu erachten. Es handelt sich auch hier um ein auf den Bestand des Vertrages keinen Einfluß übendes Motiv. Gewiß wird der Garant zur Uebernahme einer solchen Belastung regelmäßig durch ein besonderes Interesse bestimmt werden, sei es ein egoistisches, z. B. daß er indirekt durch das Zustandekommen des garantierten Unternehmens Vorteile zu erlangen hofft, sei es ein Interesse der Allgemeinheit, z. B. Förderung des gemeinen Wohls. Aber ein solches Interesse zu einem Begriffsmerkmal des Garantievertrages, zu einer Voraussetzung, die in jedem Falle nachzuweisen wäre, zu erheben, ist nicht angängig.

Als Resultat der bisherigen Ausführungen ergibt sich: Garantievertrag ist der selbständige Vertrag, durch den jemand unentgeltlich das mit einem fremden, schutzwürdigen Handeln oder Unternehmen verbundene Risiko in bestimmtem Umfange auf sich nimmt, um den Handelnden oder Unternehmer zu sichern.

§ 4.

Abgrenzung des Garantievertrages von verwandten Rechtsinstituten.

Um das Wesen des Garantievertrages noch schärfer und deutlicher zum Ausdruck zu bringen und die oft vertretene Ansicht, er könne einem gesetzlich geregelten Vertragstypus subsumiert werden, zu widerlegen, werden wir ihn im folgenden mit einer Reihe ihm mehr oder minder verwandter oder ähnlicher Rechtsinstitute in Vergleich bringen. Dabei werden wir auch prüfen, ob nicht einer dieser Vertragstypen ihm in seinen Voraussetzungen so wesensgleich oder ähnlich ist, daß die für diesen gegebenen Rechtsnormen auf ihn analog angewandt werden können.

I. Von den meisten wird der Garantievertrag im Anschluß an die Bürgschaft erörtert und als bürgschaftsähnliches Rechtsgeschäft behandelt. Wenn in den oben zitierten Stellen des corpus iuris erklärt wird, daß die promissio indemnitatis nicht zu den Interzessionen zu rechnen sei, und wenn in vielen oberstrichterlichen Entscheidungen, z. B.: RGE. Bd. 61, S. 157 ff., Recht 1905, Ziff. 355 und 1907, Ziff. 2533, betont wird, daß in einem Falle keine Bürgschaft, sondern ein Garantievertrag oder umgekehrt vorliege, so ergibt sich, daß zwischen den beiden Rechtsinstituten eine Aehnlichkeit bestehen muß. Von einer solchen kann aber, da nach § 765 BGB der Bürge dem Gläubiger eines Dritten gegenüber sich verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, der Bürgschaftsvertrag sich also immer auf ein bestimmtes Schuldverhältnis zwischen zwei Personen bezieht, nur dann die Rede sein, wenn man die Fälle von Garantieverträgen im Auge hat, bei denen das garantierte Unternehmen in der Kreditgewährung des Garantieempfängers an einen Dritten besteht und der Garant das mit dieser Kreditgewährung verbundene Risiko übernimmt. Wenn man die von Förster, S. 152 ff., gemachte Einteilung der Garantieverträge in solche, die sich auf ein einzelnes Schuldverhältnis, das zwischen zwei Personen besteht, und solche, deren Objekt ein Unternehmen ist, das sich nicht auf einen Obligationstatbestand beschränkt, heranzieht, so kommt bei einem Vergleich nur die erstere Gruppe, die Bindewald Garantiever-

träge auf Forderungsausfall nennt, in Betracht. Schon daraus ergibt sich ein Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten, daß nämlich das Gebiet des Garantievertrages viel weiter ist als das der Bürgschaft. Aber auch zwischen dem sog. Garantievertrag auf Forderungsausfall und der Bürgschaft bestehen, wie wir gleich zeigen werden, wesentliche Unterschiede.

Verfolgen auch beide gemeinsam den Zweck, den Gläubiger bei einem Kreditgeschäft mit einem Dritten zu sichern, so sind doch die Art und Weise, wie dieser Zweck durch die beiden Rechtsinstitute erreicht wird, und die sich aus dem Versprechen ergebenden Rechtsfolgen verschieden. Der Bürge verspricht dem Gläubiger, gegebenenfalls die Schuld des Dritten an dessen Stelle zu erfüllen, mit dem Bestehen oder Nichtbestehen dieser Schuld steht und fällt die Verbindlichkeit des Bürgen, sie ist eine streng accessorische: „Die Wirksamkeit der accessorischen Verbindlichkeit ist in ihrem Entstehen und Bestehen in Abhängigkeit von einer anderen Verbindlichkeit, sodaß sie deren Kraftfülle teilt, aber auch jeden Schwächegrad, sodaß also auch das Recht gegen den accessorisch Verpflichteten immer zur Voraussetzung hat ein auf Herbeiführung des gleichen Erfolges gerichtetes Recht gegen den anderen Verpflichteten." (Westerkamp, S. 54 ff.) Wenn der Bürge zahlt, so erfüllt er mit seiner Bürgschaftsverpflichtung die Verpflichtung des Hauptschuldners, er tilgt eine fremde Schuld. Anders beim Garantievertrage. Der Garant, der infolge der Uebernahme des Risikos des Kreditgeschäfts den Garantieempfänger im Falle wirtschaftlicher Schädigung schadlos zu halten verpflichtet ist, verspricht nicht, eventuell die Schuld des Dritten an dessen Stelle zu erfüllen, sondern er geht eine von der Hauptverbindlichkeit unabhängige Verbindlichkeit ein. Sodann deckt sich auch der Umfang der Verpflichtung des Garanten nicht mit der des Bürgen, wie Bindewald annimmt. Unter das mit einem Kreditgeschäft verbundene Risiko fällt nicht nur die Möglichkeit, daß der rechtswirksam verpflichtete Schuldner nicht leisten kann, sondern auch jede andere Möglichkeit, durch die der Garantieempfänger bei dem garantierten Kreditgeschäft wirtschaftlich geschädigt werden kann, z. B. wenn der Garantieempfänger dem Dritten ein Darlehen hingibt und eine Darlehensverbindlichkeit des Dritten aus einem dem Garantieempfänger zur Zeit der Hingabe unbekannten Grunde nicht entsteht, während eine Verbindlichkeit des Bürgen im letzteren Falle nicht begründet wäre. „Das Garantieversprechen bezweckt: 1. Sicherung des Gläubigers

gegen Insolvenz des Schuldners, 2. soll der Gläubiger gegen diejenigen Fälle mangelnder Befriedigung sicher gestellt werden, die in rechtlichen Mängeln seiner Forderung gegen den Dritten ihren Grund haben, in denen der Schuldner deshalb nicht zahlt, weil er nicht dazu verpflichtet ist. Der Garant haftet hier, da er die Gefahr der wirtschaftlichen Schädigung des Garantieempfängers infolge der Kreditgewährung auf sich genommen hat." (Förster, S. 119.) Wenn Hallbauer (Bankarchiv 7, S. 338) ausführt, es sei im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Garantie nur auf die finanzielle Seite beziehen solle oder ob der Versprechende auch für den rechtlichen Bestand der Forderung garantiert habe, so möchte ich bemerken, daß im Zweifel immer letzteres anzunehmen ist. Soll sich die Garantie nur auf die finanzielle Seite des Kreditgeschäftes beziehen, so muß dies ausdrücklich vereinbart werden und, wenn man unter der finanziellen Seite die Erfüllung der rechtswirksamen Verbindlichkeit versteht, was Hallbauer offenbar tut, dann möchte ich bei einer Beschränkung der Garantie hierauf eine Bürgschaft als vorliegend erachten. Die Fälle, die Bindewald, S. 26/27, als Regelfälle des Garantievertrages auf Forderungsausfall bezeichnet — bei denen nämlich jemand Garantie dafür übernimmt, daß der Gläubiger von seinem Schuldner Befriedigung erhalte, in der Weise, daß das gültige Bestehen der Forderung vorausgesetzt und die Verpflichtung des Versprechenden von dem Bestande der Forderung abhängig sein soll und daß die Bürgschaftsnormen als Maß der Haftung des Versprechenden gelten sollen — sind m. E. keine Garantie-, sondern Bürgschaftsverträge. Gerade für den Fall, daß jemand dem Gläubiger in dieser Weise das mit seiner Forderung verbundene Risiko abnimmt, sind die Bürgschaftsnormen aufgestellt. Wenn man hiergegen einwenden wollte, das Garantieversprechen in den obigen Fällen unterscheide sich insofern von der Bürgschaft, als hier die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit versprochen werde und dort Schadloshaltung als eigene Verbindlichkeit, so widerlegt sich dies durch die Erwägung, daß derjenige, der dafür garantiert, daß der Gläubiger aus seiner rechtswirksam bestehenden Forderung von seinem Schuldner befriedigt werde, für die Erfüllung seitens des Schuldners aufkommen zu wollen verspricht und damit die Voraussetzungen der Bürgschaft gegeben sind. Nur bei den von Bindewald als Ausnahmen bezeichneten Fällen, wo Schadloshaltung bei dem Kreditgeschäft schlechthin versprochen wird, ist Garantievertrag anzunehmen. — Sodann erfüllt der Garant, wenn er zahlt,

nur eine materiell eigene Verbindlichkeit, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners wird an sich hierdurch nicht berührt. Wie sich die Rechtslage in diesem Falle gestaltet, da ja der Garantieempfänger durch die Leistung des Garanten befriedigt ist, darauf werden wir des Näheren später zurückkommen.

Die bis jetzt festgestellten Unterschiede zwischen Bürgschaft und Garantievertrag haben ihren Grund in dem accessorischen Charakter der Bürgschaft, der dem Garantievertrage durchaus fremd ist. Schon Papinian hat diesen wesentlichen Unterschied erkannt, indem er inbezug auf die promissio indemnitatis im Gegensatz zur Bürgschaft in l 8, § 1, D. 16, 1 ausführt: Nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem. Heute ist dieser Unterschied in der Literatur fast allgemein anerkannt, und auch die Rechtsprechung hat ihm schon des öfteren Ausdruck verliehen, z. B. in R. G. E., Bd 61, S. 157 ff., Recht 1908, Ziff. 3595, R. O. H. G. E., Bd. 10, S. 86 ff.

Außerdem besteht zwischen Garantievertrag und Bürgschaft noch insofern ein Unterschied, als der Garant als Schadloshaltungs-Verpflichteter notwendig subsidiär haftet und die vergebliche Belangung des Hauptschuldners klagebegründend ist, während der Bürge grundsätzlich nicht subsidiär haftet, vielmehr, wenn er belangt wird, nur einredeweise seine Haftung zu einer subsidiären machen kann, falls er nicht von vorneherein auf die Geltendmachung dieser Einrede verzichtet hat.

Meinrath, S. 9 ff., nimmt noch einen weiteren Unterschied zwischen Garantievertrag und Bürgschaft an: Der Bürge gehe seine Verpflichtung stets vorwiegend im Interesse des Hauptschuldners ein, um diesem durch die Sicherung des Gläubigers Kredit zu verschaffen; wenn demnach ein solches Interesse vorliege, sei stets Bürgschaft anzunehmen, bestehe dagegen ein überwiegendes Interesse des Versprechenden an der Sicherstellung des Gläubigers oder dessen Unternehmen, dann sei in dem Sicherungsversprechen ein Garantievertrag zu erblicken; ein solcher liege z. B. vor, wenn sich jemand im Interesse des Gläubigers nachträglich für dessen zahlungsunfähigen Schuldner verbürge. Daß aber sich der Bürge im Interesse des Hauptschuldners verbürgen müsse, hat der Gesetzgeber nirgends als Voraussetzung des Vorliegens einer Bürgschaft aufgestellt, und es ist diese Voraussetzung umsoweniger anzuerkennen, als man selbst wider den Willen des Hauptschuldners sich dem Gläubiger gegen-

über verbürgen kann. Auch beim Garantievertrage ist, wie oben ausgeführt, ein bestimmtes Interesse des Garanten nicht erforderlich; es kann unzweifelhaft die Sicherung des Gläubigers auch vorwiegend im Interesse des Schuldners erfolgen. Die Interessenfrage liefert daher kein Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Rechtsinstituten. Der Begründung dieser Ansicht durch Braune, S. 29, die dies auf die abstrakte Natur beider Geschäfte zurückführt, ist jedoch nicht zuzustimmen, da beiden die causa der Sicherung, wie oben ausgeführt, wesentlich ist. In dem von Meinrath als Beispiel angeführten Fall liegt nur dann Garantievertrag vor, wenn der Versprechende nicht für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern für Schadloshaltung des Gläubigers bei dem Kreditgeschäft in bestimmtem Umfange einzustehen verspricht. Wird das Versprechen in Kenntnis der völligen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners abgegeben, so kommt ein Garantievertrag schon deshalb nicht in Betracht, weil es dann an der diesem wesentlichen Ungewißheit über die Auslösung der Zahlungspflicht des Versprechenden fehlt.

In vielen Fällen, in denen der Gläubiger bei einem Kreditgeschäft von einem Dritten gesichert worden ist, wird es praktisch denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen, ob man Garantievertrag oder Bürgschaft als vorliegend erachtet; denn sehr oft wird sich dabei der vom Garanten zu leistende Betrag mit dem, was der Schuldner schuldet, aber nicht leisten kann und wofür deshalb der Bürge haftet, decken. Jedoch ist auch eine Verschiedenheit der Haftung, je nachdem man das eine oder andere annimmt, denkbar, weshalb eine Unterscheidung im Einzelfall auch großen praktischen Wert haben kann.

Natürlich ist für die Frage, ob Bürgschaft oder Garantievertrag vorliegt, nicht die Bezeichnung im Vertrage, sondern nur das Vorliegen der besonderen Begriffsmerkmale entscheidend.

Nach alledem ist der Garantievertrag ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Rechtsinstitut, das in deren Begriff nicht eingefügt werden kann. Aber auch eine analoge Anwendung der Bürgschaftsnormen auf den Garantievertrag ist ausgeschlossen; denn gerade die Momente, die die Bürgschaft wesentlich vom Garantievertrage unterscheiden, geben dieser ihr typisches Gepräge, und vorzüglich darauf beruhen die sie eingehend regelnden Bestimmungen des BGB. z. B. die §§ 767, 768, 770, 774 BGB. Ob etwa die eine oder andere Vorschrift einer analogen Anwendung fähig ist, werden wir bei der Feststellung der Rechtsnormen prüfen.

Im Anschluß hieran wollen wir noch untersuchen, wie es juristisch zu qualifizieren ist, wenn sich jemand für eine rechtswirksam nicht bestehende Forderung im Bewußtsein dieses Mangels oder ausdrücklich für den Fall, daß die Forderung rechtlich nicht besteht und der Schuldner diesen Mangel geltend macht, verbürgt oder wenn er sich unter härteren Modalitäten, als der Hauptschuldner selbst haftet, verbürgt, indem er z. B. auf die Geltendmachung bestimmter Einreden des Hauptschuldners, die ihm als Bürgen zustehen, verzichtet. Aus der streng accessorischen Qualität der Bürgschaft ergibt sich, daß der Versprechende, wenn die Hauptschuld, für die er einzustehen verspricht, ganz oder teilweise nicht besteht, insoweit als Bürge nicht in Anspruch genommen werden kann; denn gemäß § 767 BGB ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Auch insoweit der Bürge sich unter härteren Modalitäten als der Hauptschuldner verpflichtet, ist Bürgschaft nicht gegeben gemäß §§ 767, 768 BGB, wonach der Bürge sämtliche dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann. Da jedoch bei ernstlichem Verpflichtungswillen des Versprechenden an der Gültigkeit dieser Versprechen nicht zu zweifeln ist, so fragt es sich, ob sie unter einen anderen Vertragstypus fallen. Eck-Leonhard, Bd. I, S. 567, führt aus, wenn die Bürgschaft für den Fall übernommen sein sollte, daß die Hauptschuld nichtig ist, dann liege ein Garantievertrag vor, und Hauck, S. 53, meint, ein Garantieversprechen sei auch das Versprechen, für den Eingang einer als rechtsunwirksam erkannten Forderung einzustehen, z. B. die Schuld eines Geschäftsunfähigen zu zahlen, wenn dieser nicht zahle. Dem ist jedoch so schlechthin nicht zuzustimmen. Der Fall, daß sich jemand für eine rechtswirksam nicht bestehende Schuld in Kenntnis dieses Mangels verbürgt, steht m. E. im Zweifel dem gleich, daß sich jemand ausdrücklich auch für den Fall ihres Nichtbestehens verbürgt. An sich entbehren diese Versprechen der causa, sie bilden als solche m. E. noch keinen vollständigen juristischen Tatbestand. Erst dadurch, daß ein besonderer Rechtsgrund hinzukommt, werden sie zu einem bestimmten Vertrage. Es ist deshalb nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden, wie ein solches Versprechen zu charakterisieren ist. Vgl. auch Planck zu § 765 BGB und Enneccerus I, 2, S. 500. Nur dann, wenn die Umstände ergeben, daß zur Zeit der Abgabe des Versprechens irgend welche Möglichkeit, daß der Gläubiger sonstwie befriedigt würde, noch bestand und der Versprechende zur Sicherung

des Gläubigers das mit der Forderung verbundene Risiko übernommen hat, ist Garantievertrag anzunehmen. Stand aber z. B. fest, daß keine anderweitige Befriedigung mehr zu erwarten war, dann besteht kein Garantievertrag, sondern vielleicht Schenkung oder dergleichen. Für den Fall, daß der Versprechende sich unter härteren Modalitäten als der Hauptschuldner verpflichtet, kann m. E. nur dann Garantievertrag in Betracht kommen, wenn der Versprechende auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede verzichtet und dadurch dem Gläubiger gegenüber die Garantie dafür übernehmen will, daß der Hauptschuldner diese nicht geltend macht.

Als Beispiel sei der in R. G. E., Bd. 61, S. 157, aufgeführte Fall erwähnt: A hatte dem B zum Erwerbe eines von dem minderjährigen C ausgestellten Wechsels zugeredet und sich ihm gegenüber für pünktliche Einlösung am Verfalltage seitens des C verbürgt. Da infolge der Minderjährigkeit des C eine rechtswirksame Wechselverbindlichkeit desselben an B nicht entstanden ist, so ist A, wenn man sein Versprechen als Bürgschaft ansieht, auch nicht rechtswirksam verpflichtet. Nun hat er sich jedoch in Kenntnis der Minderjährigkeit des C für diesen verbürgt und damit auch für den Fall, daß C seine Minderjährigkeit vorschützt, für die Einlösung des Wechsels einzustehen versprochen. Er hat demnach zur Sicherung des B das für diesen mit dem Wechselerwerb von C verbundene Risiko auf sich genommen. Wie das Reichsgericht auch richtig annimmt, charakterisiert sich dieser Fall als Garantievertrag.

II. Besonders veranlaßt durch die Abhandlung von Bindewald, der die Schadlosbürgschaft dem Garantievertrage einreiht, werden wir im folgenden etwas näher auf das Wesen der Schadlosbürgschaft oder, wie man sie auch nennt, Ausfallbürgschaft eingehen. Nach der herrschenden Meinung, die auch wir billigen, ist die Schadlosbürgschaft eine wirkliche Bürgschaft, also ein Einstehen für eine fremde Schuld. Das Eigentümliche besteht darin, daß hier das Einstehen auf den Betrag der fremden Schuld beschränkt worden ist, den der Hauptschuldner nach ordentlicher Belangung durch seinen Gläubiger diesem noch schuldet. Der Unterschied zur Regelbürgschaft liegt demnach lediglich darin, daß dort der Umstand, daß der Bürge mit einem bestimmten Betrage bei der Belangung des Hauptschuldners ausgefallen ist, für die Klage des Gläubigers gegen den Bürgen klagebegründend ist, während hier der Bürge die unterlassene Ausklagung des Hauptschuldners einredeweise geltend machen kann. Macht der Bürge die Einrede der Vorausklage

geltend, so ist das praktische Ergebnis dasselbe, wie wenn von vornherein Schadlosbürgschaft vereinbart gewesen wäre. Das streng accessorische Moment wohnt auch der Schadlosbürgschaft inne, nur soweit der Hauptschuldner zur Leistung des Ausfallbetrages rechtswirksam verpflichtet ist, ist der Schadlosbürge verpflichtet, alle Einreden des Hauptschuldners stehen ihm wie einem gewöhnlichen Bürgen zu. Diese Ansicht vertreten auch insbesondere Planck, Vorbem. zur Bürgschaft 4e; Örtmann, Vorbem. zur Bürgschaft 3d; Dernburg, II, 2, S. 403; Crome, S. 871; Enneccerus, I, 2, S. 498 und für das gemeine Recht ausführlich Hasenbalg, S. 723 und 727.

Im Gegensatz hierzu steht die Ansicht Cosacks, BGB, Bd. I, S. 665, der meint, bei der Schadlosbürgschaft stehe jemand nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern nur für den Schaden ein, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwachse, sie sei daher als Garantievertrag aufzufassen. Diese Ansicht versucht dann Bindewald in seiner Abhandlung über den „Garantievertrag auf Forderungsausfall" ausführlich zu begründen, weshalb wir hierauf etwas näher eingehen müssen.

Zur Widerlegung dieser Ansicht sei zunächst bemerkt, daß wir unter den Begriff der Schadlosbürgschaft nur die Fälle zählen, wo sich jemand wirklich für die Verbindlichkeit eines Dritten in Höhe des Betrages, den dieser nach seiner Ausklagung noch schuldig ist, verbürgt, d. h. für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten in Höhe des Ausfallbetrages einzustehen verspricht. Daß der Versprechende diesen Willen haben kann und daß dann Schadlosbürgschaft in unserem Sinne vorliegt, gibt auch Bindewald, S. 42 und 54, zu. Alle Fälle dagegen, in denen jemand dem Gläubiger gegenüber für den Ausfall, den er bei dem Kreditgeschäft erleidet, aufzukommen verspricht, in denen er also das Risiko des Kreditgeschäfts auf sich nimmt, fallen unter den von uns aufgestellten Garantievertrags-Begriff. Es fragt sich, wie die Fälle zu charakterisieren sind, in denen jemand dem Gläubiger verspricht, ihn insoweit zu entschädigen, als er von dem rechtswirksam verpflichteten Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen könne. Bindewald, S. 54, meint, in diesem Falle sei kein Grund für die Vermutung, daß sich der Versprechende habe verbürgen wollen, vielmehr sei in der Regel anzunehmen, daß sich der Versprechende zur Leistung von Schadensersatz in Höhe des Ausfalls habe verpflichten wollen, weshalb Garantievertrag anzunehmen sei. Als Maß

der Haftung des Versprechenden setzt Bindewald in diesem Falle die Bürgschaftsnormen fest. Als einziges Unterscheidungsmerkmal dieses Falles von der Bürgschaft stellt Bindewald, S. 44, das auf, hier verspreche der Garant den Gläubiger insoweit zu entschädigen, als dieser vom Dritten keine Erfüllung erlangen könne, während der Bürge eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen verspreche. Nach § 765 BGB besteht die Bürgschaft in dem Versprechen des Bürgen an den Gläubiger, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. M. E. ist auch in dem Versprechen, den Gläubiger in Höhe des Betrages, den er von seinem rechtswirksam verpflichteten Schuldner nicht erlangen werde, entschädigen zu wollen, ein solches Bürgschaftsversprechen enthalten. Gerade für die Fälle, daß sich jemand neben dem Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber accessorisch verpflichtet, dafür einstehen zu wollen, daß der Gläubiger zu seinem Gelde kommt, also insoweit keinen Schaden erleidet, ist der Bürgschaftsbegriff aufgestellt. Ein Bedürfnis, für diese Fälle den besonderen Begriff eines „Garantievertrages auf Forderungsausfall", wie es Bindewald tut, aufzustellen, besteht demnach nicht. Da er als Maß der Garantenhaftung beim Garantievertrag auf Forderungsausfall die Bürgschaftsnormen aufstellt, so kommt er im praktischen Ergebnis beinahe überall zu denselben Rechtsfolgen, wie sie für die Bürgschaft gelten. Als einzigen praktischen Vorteil seiner Konstruktion hebt er hervor, hierdurch komme man bezüglich der bei der Schadlosbürgschaft ohne Zweifel anzunehmenden besonderen Diligenzpflicht des Gläubigers zu einem befriedigenden Ergebnis, da sie in der Natur des Garantievertrages begründet sei. M. E. ist jedoch, da der Gesetzgeber für die Bürgschaft eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht aufgestellt hat, kein Grund vorhanden, eine solche für die Schadlosbürgschaft aufzustellen. Hat der Gläubiger den Hauptschuldner ordnungsmäßig ausgeklagt und die im § 776 BGB aufgestellte Diligenzpflicht beobachtet, dann haftet der Schadlosbürge für den Ausfall als Bürge.

Ein Berührungspunkt zwischen Garantievertrag und Schadlosbürgschaft, der beide gleichmäßig von den Regelfällen der Bürgschaft unterscheidet, besteht darin, daß bei beiden die fruchtlose Ausklagung des Hauptschuldners Klagebedingung ist. Im übrigen bestehen zwischen Garantievertrag und Schadlosbürgschaft die oben festgestellten Unterschiede zwischen jenem und der Regelbürgschaft, insbesondere gibt auch der Schadlosbürgschaft das Moment der Accessorität ihr Gepräge. Dieser Unterschied ist auch in einer

Reihe richterlicher Entscheidungen ausdrücklich hervorgehoben, z. B.: R. O. H. G. E., Bd. 10, S. 86 ff.; Gruchot, Bd. 51, S. 591 ff.; Hanseatische Gerichtszeitung 1905, Beiblatt 29 ff.

Wirtschaftlich wird es ja hier noch mehr wie bei der Regelbürgschaft zu demselben Ergebnis führen, ob man Garantievertrag oder Schadlosbürgschaft annimmt. Praktische Bedeutung kann der Unterschied jedoch erhalten, wenn z. B. wegen eines vom Gläubiger nicht zu vertretenden Mangels der Hauptschuldner rechtswirksam nicht verpflichtet wird.

III. Wie steht es mit dem Falle, wenn der Cedent dem Cessionar für nomen bonum „garantiert"? Aus der Cession als abstraktem Geschäft ergibt sich eine Haftung nicht, eine solche kann ihren Grund nur in der causa cessionis haben. Für den Fall der causa emtionis bestimmt § 437 BGB. daß der Verkäufer einer Forderung für den rechtlichen Bestand der Forderung haftet. In Abweichung von der allgemeinen Regel, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, ist also dem Verkäufer die Tragung des Risikos, daß die Forderung rechtsbeständig ist, aufgebürdet: ohne diese gesetzliche Festlegung der Haftung könnte eine solche nur durch Garantievertrag begründet werden. Da für nomen bonum eine Haftung gesetzlich nicht bestimmt ist, so bedarf es dafür einer besonderen Zusage. Dabei handelt es sich aber nicht um einen selbständigen, sondern um einen unselbständigen, die gesetzliche Haftung erweiternden Vertrag. (Vgl. Juristische Wochenschrift 1907, Seite 105, 1909, Seite 722/723, Recht 1909, Ziff. 3539.) Solche erweiternde Zusicherungen sollen nach der Ansicht des Reichsgerichts Garantievertrags-, nicht Bürgschafts-Charakter haben, da sie auch dann ihre Wirkung äußerten, wenn die Forderung gar nicht bestände. M. E. können sie je nach den Umständen verschiedenen Charakter haben. Wenn der Verkäufer z. B. für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder für den Eingang der Forderung aufzukommen verspricht, möchte ich der Zusicherung Bürgschafts-Charakter zusprechen; in der Zusicherung dagegen, eine für die Forderung bestehende Hypothek biete ausreichende Sicherheit, ist ein unselbständiges Garantieversprechen zu erblicken.

IV. Ist der Delkrederevertrag des Kommissionärs als Garantievertrag anzusehen? Meinrath, S. 45, bejaht dies schlechthin. Nach § 394 I HGB steht der Kommissionär im allgemeinen nicht für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen hat, ein, sondern nur, wenn dies ausdrücklich von ihm übernommen oder am Orte seiner Nie-

derlassung Handelsbrauch ist. In diesem Falle geht nach § 394 II seine Verpflichtung dahin, daß er dem Kommittenten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten insoweit verhaftet ist, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis gefordert werden kann. Diese Delkrederehaftung des Kommissionärs besteht also darin, daß er für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, soweit sie rechtswirksam besteht und dieser sie nicht erfüllen kann, subsidiär neben dem Dritten, also in gleicher Weise wie ein Bürge haftet, hat also Bürgschafts-Charakter. Dies wird von Staub und Cosack deshalb in Abrede gestellt, weil Gläubiger des Dritten nicht der Kommittent, sondern der Kommissionär sei und daher die Verpflichtung des Kommissionärs auch nicht als Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit aufgefaßt werden könne. Richtig ist, daß, da der Kommissionär in eigenem Namen abschließt, der Kommittent dem Dritten gegenüber erst nach Abtretung der Rechte seitens des Kommissionärs berechtigt wird. Nun sind jedoch gemäß § 392 II HGB im Innenverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär die Forderungen des Kommissionärs gegen den Dritten auch vor der Abtretung als Forderungen des Kommittenten anzusehen. Da aber auch die Uebernahme der Delkrederehaftung rechtliche Beziehungen nur zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär schafft, so kann sie m. E. sehr wohl als ein Einstehen für fremde Verbindlichkeit aufgefaßt werden.

Anders ist es dagegen, wenn der Kommissionär zur Sicherung des Kommittenten das mit dem Rechtsgeschäft für diesen verbundene Risiko ausdrücklich übernimmt. In diesem Falle ist Garantievertrag anzunehmen, und zwar ist nicht, wie Grell, S. 37/38, meint, dieses Versprechen als unselbständiges Gewährleistungsversprechen im Rahmen des Kommissionsvertrages aufzufassen, vielmehr steht es selbständig neben dem Kommissionsvertrag, aus dem an sich eine derartige Haftung in keiner Weise begründet ist. (Vgl. auch R. O. H. G. E., Bd 5, S. 228 ff.)

V. Eine weitere Frage ist die nach dem Verhältnis von Kreditauftrag und Garantievertrag. Da der Kreditauftrag wie die Bürgschaft auch nur in Beziehung auf ein Kreditgeschäft vorkommt, so können vergleichend auch hier nur die Fälle von Garantieverträgen in Betracht kommen, bei denen der Garant dem Gläubiger das mit einer Forderung verbundene Risiko abnimmt. Ueber das Wesen und die juristische Konstruktion des Kreditauftrags bestehen in der Literatur große Meinungsverschiedenheiten, auf die wir nicht näher eingehen können. Die jetzt vorwiegende Meinung, die

wir als der Fassung des § 778 BGB entsprechend billigen, erblickt in dem Kreditauftrag einen modifizierten Auftrag, durch dessen Annahme der Beauftragte zur Kreditgewährung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet wird. In erster Linie finden auf diesen Vertrag die Vorschriften über den Auftrag Anwendung, nur für den Fall, daß der Beauftragte den Auftrag ausgeführt hat, haftet der Auftraggeber kraft positiver Gesetzesvorschrift für die Verbindlichkeit des Dritten als Bürge. Wie das Reichsgericht, Bd. 52, S. 137, zutreffend ausführt, besteht der Hauptzweck des Kreditauftrags wie jedes Auftrags darin, daß der Auftraggeber den Beauftragten zur Ausführung verpflichtet, die Haftung des Auftraggebers als Bürge ist nur eine eventuelle gesetzliche Folge des Auftrags. Demgegenüber behauptet Förster, S. 83, 117, der Kreditauftrag sei kein Auftrag, sondern lediglich ein Garantieversprechen. Der an den Beauftragten gerichtete sog. Auftrag sei kein Auftrag im Sinne des Gesetzes, sondern lediglich eine juristisch irrelevante Bitte. Juristisch relevant sei beim Kreditauftrag nur das Versprechen des Auftraggebers, dem Beauftragten den Schaden, den er infolge der Kreditgewährung an den Dritten erleiden sollte, zu ersetzen und zwar zur Sicherung des Beauftragten. Daß wir in dem Auftrag keine bloße Bitte, sondern einen Auftrag im Sinne des Gesetzes erblicken, haben wir schon betont. Der Umstand, daß beim Kreditauftrag der Beauftragte ein Geschäft in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließt, aus welchem Grunde Förster die Auftragsnatur des Kreditauftrags anzweifelt, kann ihm diese Natur nicht nehmen. Zum Zweck der Sicherung des Gläubigers bei einem Kreditgeschäft stehen ihm die Bürgschaft und der Garantievertrag zur Verfügung, der Kreditauftrag hat aber gerade den Zweck, jemanden zur Kreditgewährung an einen Dritten zu verpflichten mit der gesetzlichen Folge, daß der Auftraggeber für die Verbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet. Irrig ist auch die Meinung Försters, der Auftraggeber verspreche dem Beauftragten, den Schaden, den er infolge der Kreditgewährung erleiden sollte, zu ersetzen. Eine ausdrückliche Erklärung des Auftraggebers, er wolle für die Folgen seiner Aufforderung aufkommen, ist nicht erforderlich, vielmehr ergibt sich diese Haftung als gesetzliche Folge des Auftrags. Auch haftet der Kreditmandant, wenn der Mandatar in Ausführung des Auftrags Kredit gewährt, nicht, wie Förster meint, auf Schadloshaltung bei dem Kreditgeschäft, sondern, wie § 778 BGB ausdrücklich betont, als Bürge. Durch nichts begründet ist

es, wenn Förster, S. 197, darüber hinwegzukommen sucht mit der Bemerkung, nur wenn eine Kreditverbindlichkeit entstehe, komme der § 778 BGB zur Anwendung, gelange aber eine Verbindlichkeit des Dritten nicht zur Entstehung, dann gelte Garantievertragsrecht. Vielmehr kommen im letzteren Falle die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung.

Garantievertrag und Kreditauftrag unterscheiden sich demnach in erster Linie durch ihren Zweck. Während ersterer den Gläubiger zu sichern bezweckt, soll durch letzteren in erster Linie eine Verpflichtung zur Kreditgewährung begründet werden. Im übrigen bestehen inbezug auf die Verpflichtungen des Garanten und Kreditmandanten die oben bei der Abgrenzung der Bürgschaft vom Garantievertrage festgestellten Unterschiede.

Bestritten ist der Fall, wenn jemand Auftrag zur Kreditgewährung erteilt, die Ausführung des Auftrags jedoch in das Belieben des Beauftragten gestellt wird. Enneccerus, I, 2, S. 513, meint, in diesem Falle liege ein durch die Kreditgewährung bedingter Kreditauftrag vor, bei dem der Eintritt der Bedingung in das Belieben des Beauftragten gestellt sei; wenn aber außerdem noch vereinbart sei, daß der Auftraggeber schlechthin ohne Widerrufsrecht gebunden sein solle, so sei Verbürgung für zukünftige Schuld anzunehmen, falls sich nicht die Abmachung nach ihrem Inhalt als Garantievertrag darstelle. Nach Staudinger zu § 778, No. 2c und Örtmann zu § 778 No. 2 ß ist das Rechtsverhältnis je nach dem Willen der Parteien verschieden zu beurteilen, in der Regel sei aber Garantievertrag als vorliegend zu erachten. M. E. kann diesem Tatbestand eine einheitliche Behandlung nicht zu Teil werden, vielmehr ist in jedem Falle aus den Umständen der Wille der Parteien zu erforschen. Zunächst ist denkbar, daß es sich um eine unverbindliche Anregung, einen Rat oder dergleichen handelt. Ergeben jedoch die Umstände ernstliche Verpflichtungsabsicht, dann liegt zwar äußerlich betrachtet ein Kreditauftrag vor, der bedingt ist durch die in das Belieben des Beauftragten gestellte Kreditgewährung; aber da der Zweck des Kreditauftrags dahin geht, den Beauftragten zur Kreditgewährung zu verpflichten und dieser Zweck dann, wenn die Kreditgewährung in das Belieben des Beauftragten gestellt ist, nicht erreicht wird, so liegt in Wahrheit Kreditauftrag nicht vor. Der Zweck einer solchen Abmachung ist daher nur, den Beauftragten zu sichern und ihn dadurch zur Kreditgewährung zu bestimmen, nicht aber wie beim Kreditauftrag ihn zur Kreditgewährung zu ver-

pflichten. Sie ist daher im Zweifel Bürgschaft für zukünftige Verbindlichkeit. Garantievertrag ist nur dann anzunehmen, wenn die Umstände ergeben, daß der Versprechende nicht nur für Erfüllung der fremden Verbindlichkeit einstehen, sondern das Risiko des Kreditgeschäfts auf sich nehmen wollte. Ein freies Widerrufsrecht ist, wenn man den sog. Auftrag als Sicherungsversprechen auffaßt, nicht nur, wie Enneccerus meint, bei ausdrücklicher Vereinbarung, sondern im Zweifel immer ausgeschlossen.

Wie erwähnt, erzeugt der Garantievertrag eine Verpflichtung des Garantieempfängers zur Ausführung des garantierten Unternehmens nicht. Will der Garant eine solche Verpflichtung begründen, so kann er dies, ähnlich wie beim Kreditauftrag, dadurch bewirken, daß er den Auftrag zur Ausführung des Unternehmens erteilt und gleichzeitig dem Beauftragten für das Gelingen des Unternehmens garantiert. Auf Grund des angenommenen Auftrags wäre dann der Garantieempfänger zur Ausführung des garantierten Unternehmens verpflichtet. Wie nach § 778 BGB dann, wenn das aufgetragene Unternehmen in der Kreditgewährung an einen Dritten besteht, der Auftraggeber dem Beauftragten nach Ausführung des Auftrags als Bürge haftet, so wird man analog beim Auftrag eines anderen Unternehmens den Auftraggeber, wenn der Beauftragte das Unternehmen ausgeführt hat, für das Gelingen des Unternehmens als Garant haften lassen, auch wenn er diese Garantie nicht ausdrücklich übernommen hat. — Dieser Auftrag mit der Folge der Garantiehaftung, den man Garantieauftrag nennen kann, unterscheidet sich vom Kreditauftrag dadurch, daß er nicht ein Kreditgeschäft, sondern ein anderes schutzwürdiges Unternehmen zum Gegenstand hat und daß der Auftraggeber nicht als Bürge, sondern als Garant haftet; vom Garantievertrage aber dadurch, daß sein Zweck nicht Sicherung des Unternehmens, sondern Verpflichtung zur Ausführung ist.

An einem Beispiel werden die Unterschiede klar werden:

Wenn A den B ersucht, dem C ein Darlehen zu geben, mit der Zusicherung, er werde für die Schuld des C einstehen, dann ist darin eine Bürgschaft für zukünftige Schuld zu erblicken. Das Ersuchen stellt sich hier nur als eine juristisch irrelevante Anregung dar.

Ersucht A den B, dem C ein Darlehen zu gewähren, um ihn hierzu zu verpflichten, und nimmt B dieses Ersuchen an, dann haben wir einen Kredit-

auftrag vor uns. Die Haftung des A dem B gegenüber für die Verbindlichkeit des C entsteht in diesem Falle ohne ausdrückliche Uebernahme.

Ersucht A den B in Verpflichtungsabsicht, dem C, wenn es B beliebe, ein Darlehen zu geben, und nimmt B dieses Ersuchen an, dann ist hierin eine Bürgschaft für eine zukünftige Forderung, kein Kreditauftrag zu erblicken.

Ersucht A den B, dem C ein Darlehen zu geben, und sagt er ihm dabei zu, er übernehme das Risiko des Kreditgeschäfts, dann ist Garantievertrag gegeben. Das Ersuchen ist auch hier eine nicht verpflichtende Anregung.

VI. Auf dem Gebiete des Kreditwesens kommt noch als weiteres, der Sicherung des Gläubigers dienendes Rechtsinstitut in Betracht die kumulative Schuldübernahme oder der Schuldbeitritt, d. h. wenn jemand eine bestehende Schuld eines anderen als eigene neben dem Schuldner übernimmt, sodaß der Gläubiger statt des früheren **einen** Schuldners zwei Schuldner erhält, an die er sich in gleicher Weise halten kann. Der Unterschied vom Garantievertrage ist klar: während der Beitretende in demselben Schuldverhältnis Schuldner wird und für eine fremde Verbindlichkeit als eigene Verbindlichkeit primär haftet, bleibt der Garant dem Schuldverhältnis fern und haftet dem Gläubiger sekundär für den Schaden bei dem garantierten Kreditgeschäft.

Nicht zutreffend ist die von Wienstein im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 31, vertretene Auffassung des in RGE., Bd. 61, S. 157 ff. behandelten Falles: „A verspricht dem B, um diesen zur Uebernahme eines Wechsels von dem minderjährigen C zu bewegen, er werde dafür einstehen, daß der Acceptant C den Wechsel am Verfalltage einlösen werde". Während das Reichsgericht diese Abrede mit Recht als Garantievertrag charakterisiert, nimmt Wienstein ein constitutum debiti alieni an, das sich mit dem Schuldbeitritt decke. Dagegen spricht einmal, daß nach dem Inhalt des Versprechens A nicht als selbständiger Schuldner neben dem C, sondern als subsidiärer Schuldner nach dem C sich hat verpflichten wollen; sodann entsteht dadurch, daß ein Minderjähriger eine Wechselverbindlichkeit eingeht, keine rechtswirksame Verbindlichkeit desselben, auch keine sog. Natural-Verbindlichkeit, wie Wienstein annimmt. Eine solche ist aber Voraussetzung für ein rechtswirksames constitutum debiti alieni.

VII. Eine gewisse Aehnlichkeit besteht auch zwischen dem Garantievertrag und dem Rat und der Empfehlung des §676 BGB. Bei beiden gibt direkt oder indirekt die eine Par-

tei der anderen die Anregung zu einer bestimmten Handlungsweise. Vergleichen wir jedoch den Zweck und die Folgen der beiden Rechtsinstitute, so ergeben sich ohne weiteres die Unterschiede. Da nach § 676 BGB derjenige, der einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstandenen Schadens nicht verpflichet ist, so handelt es sich nur um unverbindliche Anregung, die auf beiden Seiten keine Verbindlichkeit schafft. Führt der Beratene den Rat aus, dann tut er es auf sein eigenes Risiko. Eine Haftung des Ratenden für das Gelingen des Unternehmens, wozu er geraten hat, kann nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Haftungsübernahme begründet werden, neben der die Raterteilung ein juristisch vollkommen irrelevantes Moment ist. Auch in den im Leben so häufig vorkommenden Fällen, daß jemand infolge seines Berufes oder seiner Stellung zu sorgfältiger Raterteilung verpflichtet ist, beruht die sich eventuell hieraus ergebende Haftung nicht auf der Raterteilung, sondern auf dem besonderen Verpflichtungsgrunde, bei der Raterteilung eine gewisse Sorgfalt zu beobachten. Entgegen der Ansicht von Grell, S. 36, möchte ich annehmen, daß, wenn jemand einen Rat erteilt und für die Richtigkeit dieses Rates garantiert, er damit das Risiko, das mit der Befolgung des Rates verbunden ist, auf sich genommen hat und daher als Garant für den aus der Befolgung des Rates dem Unternehmer erwachsenen Schaden aufzukommen hat.

VIII. Am nächsten von allen gesetzlich geregelten Vertragstypen kommt der Garantievertrag dem Versicherungsvertrage. Hier wie dort übernimmt nämlich jemand durch selbständigen Vertrag ein fremdes Risiko, das an sich der Versprechensempfänger selbst zu tragen hat, um diesen zu sichern. Den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen, Entgeltlichkeit des Versicherungsvertrages und Unentgeltlichkeit des Garantievertrages, haben wir früher erörtert. Braune, S. 41/42, stellt sodann noch ein weiteres Unterscheidungsmerkmal auf: Der Versicherungsvertrag sichere den Versicherungsnehmer nur gegen den Schaden, der ihm durch bestimmte Ereignisse erwachse, während der Garantievertrag den Garantieempfänger gegen jeden Schaden bei dem garantierten Unternehmen unabhängig von der Art des in Frage kommenden Ereignisses schütze. Wenn nun auch der Versicherungsnehmer sich meist nur gegen bestimmte Ereignisse versichert, z. B. gegen Feuer, Hagel, Blitz usw., und der Garant beim Garantievertrage in der Regel für ein Mißlingen des garantierten Unternehmens

schlechthin einzustehen verspricht, so ist das doch kein allgemeines überall zutreffendes Unterscheidungsmoment, da man sich auch allgemein gegen den nachteiligen Ausgang eines Unternehmens versichern und anderseits dafür garantieren kann, daß einem Unternehmen durch ganz bestimmte Ereignisse kein Schaden erwachsen werde. — Auch der von Dillmann, S. 42, behauptete Unterschied, beim Versicherungsvertrage werde jemand allgemein gesichert, beim Garantievertrage dagegen nur in Bezug auf ein bestimmtes Unternehmen, trifft nicht allgemein zu. Man denke z. B. an den Fall, daß jemand ein Schiff mit Ladung gegen die Gefahren einer Seereise versichert. Daß es für den Versicherungsvertrag nicht wesentlich ist, daß der Versicherer das Risiko und damit die Prämie nach allgemeinen Erfahrungen berechnet, haben wir oben schon erörtert.

Der einzige grundlegende Unterschied des Versicherungsvertrages vom Garantievertrage ist demnach seine Entgeltlichkeit. Gerade diese gibt ihm aber auch sein besonderes Gepräge. Darum ist eine analoge Anwendung der gesamten Vorschriften über den Versicherungsvertrag auf den Garantievertrag nicht angängig; inwieweit die Vorschriften, die nicht in der Entgeltlichkeit desselben ihren Grund haben, analoge Anwendung finden können, werden wir später prüfen.

Aus der Aehnlichkeit zwischen Versicherungs- und Garantievertrag und der Verkennung des von uns verteidigten Garantievertrags-Begriffs erklären sich folgende beiden oberstrichterlichen Entscheidungen: 1. Striethorsts Archiv XV, S. 313 ff.: A regt den B zu einem Prozeß mit C an und verspricht ihm unentgeltlich, er werde ihm für die Summe, die er bei ungünstigem Ausgang des Prozesses einbüßen sollte, aufkommen. Das Preußische Obertribunal charakterisiert diesen Fall als unentgeltlichen Versicherungsvertrag. 2. Das Reichsoberhandelsgericht (Seufferts Archiv, Bd. 32, No. 73) erblickt in der Garantie dafür, bestimmte Aktien würden zu einer bestimmten Zeit einen bestimmten Kurs haben, einen dem Versicherungsvertrage analogen Vertrag. M. E. ist in beiden Fällen Garantievertrag gegeben.

IX. Der Umstand, daß das Garantieversprechen unentgeltlich abgegeben wird, hat die Ansicht wachgerufen, der Garantievertrag stelle sich als eine bedingte Schenkung dar. Auf diesem Standpunkt stand insbesondere das Allgemeine Landrecht, das, II, § 1935, den unentgeltlichen Versicherungsvertrag als Schenkung bezeichnete. Der Garantievertrag ist jedoch weder bedingt noch eine Schenkung. Daß eine Ver-

pflichtung des Garanten nur entsteht, wenn das Unternehmen nicht den zugesicherten Erfolg hat, ist in der Natur des Garantievertrages begründet; es ist das nicht wie die Bedingung ein accidentale. Zum Begriff der Schenkung gehört, daß jemand etwas verspricht in der Absicht, den Beschenkten auf seine Kosten zu bereichern, und diese Bereicherungsabsicht ist dem Garantievertrage fremd. Der Garant bezweckt, den Garantieempfänger zu sichern, er hofft, daß er nicht zu leisten braucht, der animus donandi fehlt ihm.

X. Zwischen Garantievertrag und Konventionalstrafe besteht, wenn auch nicht wie Braune, S. 44, meint, eine auffallende, so doch eine gewisse äußere Aehnlichkeit. Aber beide sind in ihrem inneren Wesen grundverschieden. Die Konventionalstrafe ist eine Leistung, die der Schuldner seinem Gläubiger zur Sicherung desselben für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfülle, als Strafe verspricht. Sie will wie der Garantievertrag den Versprechensempfänger sichern, aber sie sichert immer nur die Erfüllung einer Hauptobligation, mit der sie steht und fällt, es wird nicht wie durch den Garantievertrag ein Risiko übernommen, sondern nur eine bestehende Verbindlichkeit bekräftigt. Auch kann die Vertragsstrafe nur vom Schuldner der zu sichernden Hauptobligation versprochen werden, während die Garantie immer von einem Dritten übernommen wird. Verspricht ein Dritter dem Gläubiger für den Fall, daß der Schuldner nicht oder nicht gehörig erfüllt, eine bestimmte Summe, so ist dies kein Versprechen einer Vertragsstrafe im Sinne des Gesetzes. Daß, wie Enneccerus, I, 2, S. 91, Anm. 1, meint, in diesem Falle ein Garantievertrag gegeben sei, trifft nur dann zu, wenn die Umstände ergeben, daß der Versprechende dem Gläubiger das mit der Forderung verbundene Risiko zu dessen Sicherung in Höhe des versprochenen Betrages abnehmen wollte; das Versprechen kann sich aber auch als Versprechen der Erfüllung der fremden Verbindlichkeit in Höhe dieses Betrages oder als Schenkungsversprechen darstellen.

Ein weiterer Unterschied zwischen der Konventionalstrafe und dem Garantievertrage ist der vom Reichsgericht in einer im Recht 1907, Ziff. 2527, angeführten Entscheidung hervorgehoben, daß zur Verwirkung der Konventionalstrafe nach § 339 BGB Verzug des Schuldners, also ein Verschulden desselben, erforderlich ist, während zur Verwirkung der Garantieleistung ein Verschulden des Versprechenden nicht Voraussetzung ist. Wenn aber die durch Konventionalstrafe gesicherte Leistung in einem Unterlassen besteht, in welchem

Falle die Vertragsstrafe mit dem Zuwiderhandeln ohne Rücksicht auf Verschulden verfällt, so kann man doch nicht, wie Planck zu § 339, No. 2, will, das Vorliegen eines Garantieversprechens annehmen, denn das Risiko, daß der Versprechende seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, trägt dieser auch ohne das Versprechen der Vertragsstrafe, er bekräftigt dadurch nur seine eventuelle Ersatz-Verpflichtung, ein fremdes Risiko übernimmt er nicht.

Die Vergleichung des Garantievertrages mit anderen Verträgen, mit denen er mehr oder weniger Aehnlichkeit hat, hat gezeigt, daß er von diesen so wesentlich verschieden ist, daß er keinem derselben eingereiht werden kann: er ist ein selbständiger Vertragstypus, der seinem eigenen Recht untersteht.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsnormen des Garantievertrages.

§ 5.

Abschluß des Garantievertrages. Form.

Da gesetzliche Vorschriften über den Garantievertrag nicht bestehen, auch eine allgemeine analoge Anwendung der für einen gesetzlich geregelten Vertragstypus aufgestellten Normen im ganzen nicht angängig ist, so werden wir bei der Aufstellung der für den Garantievertrag geltenden Rechtsvorschriften zunächst prüfen, ob nicht einzelne Rechtssätze aus verwandten Rechtsinstituten analoger Anwendung fähig sind. Wo dies nicht zum Ziele führt, werden wir nach Normen suchen, die dem wirtschaftlichen Zweck des Garantievertrages und den Verkehrsbedürfnissen am meisten entsprechen.

Der Garantievertrag ist ein obligatorischer Vertrag. Die für Rechtsgeschäfte und insbesondere für Verträge aufgestellten allgemeinen Vorschriften des BGB finden auch auf ihn Anwendung, soweit nicht seine Eigenart eine Durchbrechung derselben verlangt. Seine Grenze findet auch er an den allgemeinen zwingenden Rechtsnormen, insbesondere ist er dann nichtig, wenn das garantierte Unternehmen kraft Gesetzes verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt, da natürlich die Sicherung eines solchen Unternehmens auch von dem Verbot betroffen wird.

Zustande kommt der Garantievertrag durch Einigung des Garanten und Garantieempfängers über alle wesentlichen Vertragsmomente, also darüber, daß der Garant verpflichtet ist, das Risiko eines bestimmten schutzwürdigen Unternehmens, das der Garantieempfänger betreibt oder betreiben will, zur Sicherung desselben in bestimmtem Umfange unentgeltlich zu übernehmen. Daß sich die Parteien dabei des Ausdrucks Garantie bedienen, ist, wie das Kammergericht in OLGE., Bd. 20, S. 327, mit Recht ausführt, nicht erforderlich. Der Garant gewährleistet einen bestimmten Erfolg und Wunsch und Wille des Garanten sind auf dessen Eintritt gerichtet. Als Gegenstand des Vertrages ist jedoch nicht

diese Gewährleistung aufzufassen, sondern die gegebenenfalls eintretende Ersatzpflicht für den eingetretenen Schaden oder ausgebliebenen Gewinn. Von der tatsächlichen Ausführung des garantierten Unternehmens ist der Garantievertrag in seinem juristischen Bestande nicht abhängig; konkreten Inhalt dagegen erlangt er erst durch die Ausführung des Unternehmens, kommt dies nicht zustande, so ist er ohne rechtliche Folgen.

Bedarf der Garantievertrag zu seiner Gültigkeit der Beobachtung einer Form?

Daß die im § 766 BGB für die Bürgschaft gegebene Formvorschrift nicht analog auf den Garantievertrag angewandt werden kann, wird fast allgemein mit Recht angenommen: beide Institute sind wesensverschieden, es fehlt also die Voraussetzung für die Analogie; und aus dem gleichen Grunde ist eine für andere Rechtsinstitute vom Gesetzgeber aufgestellte Formvorschrift analoger Anwendung auf den Garantievertrag nicht fähig. Ob aber nicht trotzdem eine solche Form zu fordern ist? Es wird darauf ankommen, ob die allgemeinen Rechtsgrundsätze und der wirtschaftliche Zweck des Garantievertrages für diesen eine Abweichung von der für Verträge geltenden Regel der Formfreiheit rechtfertigen.

Für die Bürgschaft hat der Gesetzgeber, wie die Motive ausführen, die schriftliche Form eingeführt, um einem übereilten, leichtsinnigen mündlichen Gutsagen für fremde Schuld, das so schwerwiegende Folgen für den Gutsagenden nach sich ziehen kann, vorzubeugen und den Versprechenden durch die unbequemere Schriftform zu größerer Aufmerksamkeit anzuspornen. Aus dem gleichen Grunde ist für das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis die Schriftform vorgeschrieben und für das Schenkungsversprechen sogar gerichtliche oder notarielle Beurkundung, lauter Fälle, in denen der Versprechende belastet wird, ohne daß er eine Gegenleistung erhält. Das Gleiche trifft nun aber auch beim Garantievertrag zu. Es erscheint daher auch hier angezeigt, Schutz gegen Uebereilung durch das Erfordernis einer Form zu gewähren. Es entspricht das auch dem Verkehrsbedürfnis, indem ein schriftlicher Vertrag größere Sicherheit über den Inhalt, insbesondere darüber gibt, in welchem Umfange Garantie übernommen und in welchen Grenzen das Unternehmen zu betreiben ist, und damit Streitigkeiten vermieden werden, die bei bloß mündlicher Vereinbarung in dieser Beziehung leicht möglich sind. So ist denn auch in der Praxis die schriftliche Formulierung

des Garantievertrages, insbesondere bei größeren Unternehmen vielfach üblich. Der Garant stellt einen sog. Garantieschein, in dem der Inhalt seines Versprechens formuliert ist, aus oder mehrere Garanten zeichnen sich mit dem Betrage, bis zu dem sie Garantie übernehmen, in eine Garantieliste ein, in der die Vertragsbedingungen formuliert sind.

Sollte man die für die Schriftform des Garantievertrages, natürlich nur des Versprechens, nicht auch der Annahme, angeführten Gründe als nicht stichhaltig ansehen, so würde es doch jedenfalls im Interesse der Verkehrssicherheit angebracht sein, analog der im § 3 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag aufgestellten Vorschrift dem Garanten die Verpflichtung aufzuerlegen, dem Garantieempfänger eine von ihm unterzeichnete Urkunde über den Inhalt des Garantievertrages auszuhändigen.

§ 6.

Pflichten des Garanten.

Die einzige Verpflichtung aus dem Garantievertrage ist die Verpflichtung des Garanten zur Tragung des mit dem garantierten Unternehmen verbundenen Risikos, d. h. die Verpflichtung, dem Garantieempfänger, wenn er bei dem Unternehmen wirtschaftlich geschädigt wird, den Schaden in der zugesicherten Höhe zu ersetzen. Dieser Schaden kann sowohl in einer Minderung des schon vorhandenen Vermögens als auch in der Vereitelung einer Vermögensvermehrung bestehen. Dies verkennt Grell, S. 50, wenn er behauptet, die Leistung des Garanten brauche nicht notwendig Schadensersatzleistung zu sein, es könne auch ein bestimmter Gewinn zugesichert werden. Ebenso ist dessen Meinung, die Garantieleistung könne sich vereinbarungsgemäß in der Zahlung einer bestimmten Garantiesumme erschöpfen, kein Gegenargument; denn durch diese Garantiesumme soll doch eben ein etwaiger Schaden des Unternehmers ganz oder teilweise gedeckt werden, sie ist also Schadensersatzleistung. Die Verpflichtung des Garanten geht allgemein dahin, dem Garantieempfänger in dem bedungenen Umfange die Differenz zu ersetzen zwischen seinem Vermögen nach Abschluß des garantierten Unternehmens und dem Bestande, den sein Vermögen beim Beginne des Unternehmens hatte resp. diesen Betrag vermehrt um den garantierten Gewinn, soweit diese Differenz durch das garantierte Unternehmen verursacht worden ist und sein Vermögen während dieser Zeit nicht durch andere Umstände vermindert oder vermehrt worden ist. Eine Leistungspflicht des Garanten tritt nicht bloß dann nicht ein, wenn der Unternehmer das Unternehmen nicht betreibt, sondern auch dann nicht, wenn das garantierte Ergebnis eintritt, denn die Verpflichtung ist eben nur eine eventuelle.

In welchem Umfange der Garant dem Garantieempfänger den bei dem Unternehmen sich ergebenden Vermögensschaden zu ersetzen hat, ob ganz oder zu einem bestimmten Bruchteil oder in Höhe eines bestimmten Betrages, bestimmt sich nach der Vereinbarung. Ist schlechthin das Risiko einer Handlungsweise übernommen, so ist natürlich der ganze Vermögensschaden zu ersetzen, aber im Zweifel nur damnum emergens: nur hierfür will der Garant Sicher-

heit geben, nicht auch lucrum cessans, für letzteres wird nur gehaftet, wenn es ausdrücklich versprochen ist. Was das Reichsversicherungsgesetz im § 53 bestimmt, kann auch auf den Garantievertrag entsprechende Anwendung finden.

Nach den in den §§ 249 ff. BGB aufgestellten Vorschriften über Schadensersatzleistung ist der Schadensersatzpflichtige in der Regel in erster Linie zur Naturalrestitution verpflichtet, nur unter besonderen Umständen ist Ersatz in Geld zu leisten.

Die Anwendung des im § 249 BGB aufgestellten Prinzips der Naturalrestitution scheint mir ausgeschlossen: Dem wirtschaftlichen Zweck des Garantievertrages, der dem Unternehmer für eine eventuelle wirtschaftliche Schädigung Ersatz geben soll, entspricht es mehr, wenn man dem Geschädigten einen Anspruch auf Geldentschädigung in Höhe des Vermögenswertes der Schädigung gibt, wie dies für den Versicherungsvertrag § 49 des Reichsversicherungsgesetzes ausspricht.

Nur dem Garantieempfänger gegenüber ist der Garant verpflichtet. Gläubiger des Garantieempfängers können Rechte gegen den Garanten nur erwerben, wenn der Garantievertrag den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter hat, was voraussetzt, daß die Gläubiger zur Zeit des Abschlusses des Vertrages schon bekannt sind, z. B. wenn jemand einer Aktiengesellschaft als solcher bei einem Unternehmen eine gewisse Dividende garantiert mit der Maßgabe, daß die Aktionäre unmittelbar Ansprüche gegen den Garanten haben sollen. Im übrigen bietet der Garantievertrag den Gläubigern aus dem Unternehmen nur den Vorteil, daß sie sich vom Unternehmer dessen Ansprüche gegen den Garanten abtreten resp. pfänden und sich überweisen lassen können.

Aus welchen Gründen das Unternehmen fehlschlägt, ist, abgesehen von dem weiter unten näher zu erörternden Fall, daß den Unternehmer dabei ein Verschulden trifft, ohne Einfluß auf die Verpflichtung des Garanten. Er haftet nicht nur dann, wenn dies geschieht infolge von Umständen, die einem derartigen Unternehmen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge drohen, sondern auch dann, wenn das Mißlingen durch beim Abschluß nicht voraussehbare Umstände oder außergewöhnliche Unglücksfälle verursacht ist, nur kann natürlich der Garant bei Eingehung seiner Verbindlichkeit besonders festsetzen, daß der Schaden durch bestimmte Ereignisse herbeigeführt sein müsse oder nicht herbeigeführt

sein dürfe. (Vgl. Enneccerus, I,2, S. 515 II 5; Staub zu § 349, Anm. 60; Örtmann zu § 676; Dernburg, II, 2, S. 411.)

Zur Begründung der Klage des Garantieempfängers ist erforderlich die Behauptung des Eintritts des Garantiefalles und der Höhe des erlittenen Schadens. Da der Sinn des Vertrages im Zweifel der ist, daß für den wirtschaftlichen Gesamt- und Endeffekt des Unternehmens aufgekommen werden soll, so kann vor dem endgültigen Abschluß des Unternehmens ein Anspruch nicht geltend gemacht werden, da ja bis dahin noch eine günstige Wendung möglich ist. Jedoch ist nicht notwendig, daß der Garantieempfänger den ganzen Schaden, dessen Feststellung sich vielleicht sehr in die Länge zieht, auf einmal geltend macht, vielmehr kann ein sich erst später herausstellender Schaden auch nachträglich geltend gemacht werden. So sagt das Reichsgericht (Juristische Wochenschrift 1899, S. 211 ff.), man müsse dem Unternehmer das Recht zuerkennen, eine provisorische Summe vom Garanten einzufordern, die niedriger sei als der voraussichtliche Schlußbetrag, und (RGE., Bd. 75, S. 189 ff.) in Bezug auf die Ausfallbürgschaft, es müsse bei der Klage gegen den Ausfallbürgen in der Regel im Fall des Konkurses des Hauptschuldners dessen Ausgang abgewartet werden, um den Ausfall feststellen zu können; wenn jedoch der Gläubiger vor der Beendigung des Konkurses in der Lage sei, die Mindesthöhe seines Ausfalls nachzuweisen, dann könne er den ziffernmäßig nachweisbaren Teilbetrag seines Ausfalls unter Vorbehalt des Restes gegen den Ausfallbürgen einklagen. Hingegen scheint mir nicht zutreffend die Ansicht des Reichsgerichts (Gruchot, Bd. 51, S. 591), daß in diesem Falle dem Garantieempfänger ein Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens gegen Abtretung seines Anspruchs auf die Konkursdividende an den Garanten zu geben sei, es würde dadurch der Garant gegen den Sinn des Garantievertrages benachteiligt, indem er früher leisten müßte, als ein bestimmter Schadensbetrag feststeht.

Eine Schädigung des Garantieempfängers durch das Unternehmen liegt dann noch nicht vor, wenn ihm aus dem garantierten Unternehmen gegen Dritte Forderungen zustehen, deren Eintreibung er noch nicht ergebnislos versucht hat. Er muß daher zur Begründung der Klage gegen den Garanten nachweisen, daß dies der Fall ist. Nur dann wird man dies nicht verlangen dürfen, wenn der Nachweis einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, so z. B. wenn ein Schuldner offenkundig zahlungsunfähig ist oder auf die Aufforderung

zur Zahlung eine offenbar rechtswirksame Einrede der Zahlungsverweigerung vorgebracht hat: in diesen Fällen genügt es, wenn er diese Tatsachen nachweist. Im übrigen muß jedoch der Garantieempfänger vor der Klageerhebung gegen den Garanten gegen vorhandene Schuldner aus dem Unternehmen eine zulässige Art der Zwangsvollstreckung in deren gesamtes Vermögen fruchtlos versucht haben. Für eine entsprechende Anwendung der im § 772, Abs. 1 BGB gegebenen Vorschrift, daß nämlich bei der Bürgschaft für Geldforderungen der Gläubiger seiner Pflicht zur vorherigen Belangung des Hauptschuldners genügt habe, wenn er eine fruchtlose Zwangsvollstreckung in seine beweglichen Sachen versucht habe, liegt m. E. kein Grund vor; hingegen muß man den Satz des § 772, Abs. 2, daß zuvor Befriedigung aus einem Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht gesucht werden muß, für entsprechend anwendbar erklären, da eine wirtschaftliche Schädigung des Garantieempfängers nicht vorliegt, solange ihm diese Mittel zu Gebote stehen. Aus dem gleichen Grunde kann, wenn der Schuldner des Garantieempfängers sich im Konkurse befindet, dieser gegen den Garanten einen Anspruch erst dann geltend machen, wenn er mit seiner gehörig angemeldeten Forderung einen Ausfall erleidet.

Nicht zuzustimmen ist der Ansicht von Hauck, S. 52, daß in dem Falle, wenn jemand für den Ausfall bei einem Unternehmen einzustehen versprochen hat und der Ausfall nur von einer Person verursacht wird, gegen die dem Unternehmer eine rechtswirksame Ersatzforderung in Höhe des Ausfalls erwächst, Bürgschaft anzunehmen sei; es liegt vielmehr hier Garantievertrag vor. Daß der Ausfall sich mit dem Betrage, den ein Dritter zu ersetzen verpflichtet ist, deckt und die Leistungspflicht des Garanten sich ebenso gestaltet, wie wenn er sich für die Schuld des Dritten verbürgt hätte, ändert an dem Charakter des Vertrages nichts.

§ 7.

Rechte des Garanten. Regreßanspruch.

Solche können bei dem einseitigen Charakter des Garantievertrages, der weder auf Entgelt noch auf Ausführung des Unternehmens Anspruch gewährt, nur unter besonderen Voraussetzungen erwachsen.

Hat der Garantieempfänger den Schaden schuldhafterweise herbeigeführt, so hat der Garant das Recht, die Leistung zu verweigern (vgl. darüber unten, S. 53 ff); hat der Garantieempfänger dem Garanten beim Abschluß des Vertrages wissentlich unrichtige Angaben über das garantierte Unternehmen, z. B. über die Höhe des Risikos, gemacht, nicht bloß allgemeine Schätzungen und Erwartungen ausgesprochen, und sind infolge davon Schäden erwachsen, so kann der Garant den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten.

In Bezug auf die bestrittene Frage, ob der Garant einen Anspruch auf Rechnungslegung über die Abwickelung des garantierten Unternehmens gegen den Garantieempfänger habe, ist zu bemerken: Dem BGB ist eine allgemeine Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht bekannt, es stellt vielmehr eine solche nur für einzelne bestimmte Fälle auf: für den Beauftragten, für den Vormund bezw. Pfleger, für den Testamentsvollstrecker, für den geschäftsführenden Gesellschafter. In allen diesen Fällen handelt es sich um fremde oder wenigstens teilweise fremde Angelegenheiten. Der Garantieempfänger aber besorgt, wenn er das garantierte Unternehmen ausführt, nur eigene Angelegenheiten, und daher kann man ihm nicht die Verpflichtung, dem Garanten auf dessen Verlangen über die Abwicklung des Unternehmens Rechnung zu legen, auferlegen. Hierzu liegt auch kein praktisches Bedürfnis vor, da es bei Gelegenheit des vom Garantieempfänger zu führenden Nachweises des durch das Unternehmen verursachten Schadens gewöhnlich zu einer Rechnungslegung kommen wird; kann aber der Garantieempfänger seinen Schaden in anderer Weise nachweisen, so besteht kein Grund, dem Garanten daneben noch einen Anspruch auf Rechnungslegung zu gewähren. (Vgl. auch R. G. in der Juristischen Wochenschrift 1899, S. 211 ff. und in Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 273 ff. und ROHGE., Bd. 10, S. 86 ff.) Noch weniger ist es gerechtfertigt,

dem Garanten während des Betriebes des Unternehmens ein Recht auf Rechnungslegung oder Einsichtnahme der Geschäftsbücher zu gewähren: ein solches kann nur bei ausdrücklicher Vereinbarung anerkannt werden.

Eine wichtige, die Rechte des Garanten betreffende Frage ist die, ob, wenn der Garantieempfänger aus dem Unternehmen Ansprüche gegen einen Dritten hat, wegen deren er fruchtlos Befriedigung zu erlangen gesucht hat, der infolge davon zur Leistung verpflichtete Garant wegen seiner Leistung Ersatzanspruch gegen diesen Dritten hat.

Der Garant erfüllt mit seiner Leistung eine eigene Verbindlichkeit, nicht wie der zahlende Bürge die Verbindlichkeit eines Dritten. Daher wird diese durch die Leistung des Garanten an sich nicht aufgehoben. Da aber beide Ansprüche des Garantieempfängers, der gegen den Dritten und der gegen den Garanten, auf Befriedigung desselben Interesses gehen, nämlich darauf, daß der Garantieempfänger in Höhe des von dem Dritten geschuldeten Betrages nicht geschädigt wird, so liegen konkurrierende Ansprüche vor; mit der Befriedigung des einen erlischt der andere: denn ein befriedigtes Interesse kann nicht noch einmal befriedigt werden. Daher geht mit der Leistung des Garanten für den Ausfall, den der Garantieempfänger infolge Nichtleistung des Dritten erfährt, dessen Anspruch gegen den Dritten in der Richtung unter, daß dieser Anspruch nicht mehr dem Garantieempfänger zusteht. Nicht zutreffend ist die Begründung von Meinrath: Der Garantievertrag löse sich bei der Leistung des Garanten als eine im Voraus übernommene, unter einer Bedingung eingegangene Verpflichtung, den Garantieempfänger gemäß § 362 I BGB zu befriedigen, auf. Danach wäre der Garantievertrag das Versprechen, für die Erfüllung eventuell bei dem garantierten Unternehmen entstehender Ersatzansprüche, wenn von dem Ersatzverpflichteten keine Befriedigung zu erlangen sei, aufkommen zu wollen. In Wahrheit aber enthält der Garantievertrag, wie oben ausgeführt worden ist, nicht das Versprechen der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern er begründet eine von einer fremden Verbindlichkeit ganz unabhängige Verbindlichkeit des Garanten, und die Erfüllung derselben ist Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit.

Andererseits kann der Dritte durch die Leistung des Garanten nicht ohne weiteres von seiner Verbindlichkeit frei werden, es ist vielmehr billig, daß der dem Unternehmer nicht mehr zustehende Anspruch auf den nur subsidiär haftenden Garanten übergeht. Bedarf es dazu einer Abtretung

von Seiten des Unternehmers oder ist ein Uebergang kraft cessio legis anzunehmen?

Der einzige, der näher auf diese Frage eingegangen ist, ist Meinrath. Er erwägt zunächst, ob nicht die Verpflichtung des Garanten und des Dritten als Gesamtverpflichtungen im Sinne der §§ 421 ff. BGB anzusehen seien und daher nach diesen Vorschriften dem zahlenden Garanten Regreßansprüche erwüchsen. M. E. scheidet jedoch dieser Gesichtspunkt aus, denn wesentliche Voraussetzung der Gesamtschuld ist, daß mehrere Schuldner gleichverpflichtet nebeneinander haften, der Garant haftet aber nicht neben, sondern subsidiär nach dem Dritten.

Weiterhin untersucht Meinrath, ob sich die Zahlung des Garanten nicht als Geschäftsführung ohne Auftrag für den Ersatzpflichtigen darstellt. Jedoch auch dieser Gesichtspunkt erweist sich als hinfällig. Notwendige Voraussetzung der Geschäftsführung ohne Auftrag ist nämlich, daß der Geschäftsführer für einen andern handeln will. Der Garant nimmt aber das Risiko in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf sich und erfüllt, wenn er zahlt, eine eigene, nicht eine fremde Verbindlichkeit. Auf Grund der §§ 683, 684 BGB kann demnach dem Garanten kein Anspruch auf Abtretung der Ersatzansprüche gegen Dritte gewährt werden.

Kann etwa der zahlende Garant unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung den Dritten in Anspruch nehmen, weil dieser durch die Leistung des Garanten ohne rechtlichen Grund von seiner Verpflichtung gegen den Garantieempfänger befreit, also auf Kosten des Garanten befreit ist? Die Frage ist m. E. zu bejahen. Der von Braune hiergegen erhobene Einwand, daß der Garant nicht ohne rechtlichen Grund geleistet habe, ist hinfällig, da § 812 BGB nur verlangt, daß jemand durch die Leistung eines anderen auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, nicht daß der Leistende ohne rechtlichen Grund leistet.

Weiter ist zu untersuchen, ob nicht der Anspruch des Garanten auf Abtretung der Forderung des Garantieempfängers gegen den Dritten gerechtfertigt wird durch § 255 BGB, wonach, wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen. Daß die Schadensersatzpflicht des Garanten unmittelbar auf vertraglicher Zusicherung beruht, schließt die Anwendbarkeit des

§ 255 BGB nicht aus. (Vgl. Staudinger und Planck zu § 255.) Indem der Anspruch des Garantieempfängers gegen den Dritten, von dem er wegen dessen Zahlungsunfähigkeit nichts erlangen kann, zwar rechtlich nicht verloren geht, aber doch wirtschaftlich wertlos geworden ist, kann man sagen, daß er in wirtschaftlicher Beziehung ein Recht verloren habe, für welchen Verlust ihn der Garant zu entschädigen hat, und auch auf solche Fälle ist, wie Planck zu § 255 mit Recht ausführt, die Bestimmung des § 255 anwendbar. Sonach ist der Garant aus dem Gesichtspunkt des § 255 BGB zur Leistung nur gegen Abtretung der dem Garantieempfänger auf Grund des wirtschaftlichen Verlustes des rechtlich noch bestehenden Anspruchs gegen den Dritten verpflichtet. Er braucht nur Zug um Zug zu leisten, und wenn er, ohne diesen Einwand zu erheben, geleistet hat, so hat er nach § 812 BGB gegen den befreiten Dritten einen Anspruch in der Höhe der diesem durch sein Freiwerden zu Teil gewordenen Bereicherung.

Ist nun bei dem Garantievertrag eine cessio legis anzunehmen? Es würde den Interessen der Beteiligten entsprechen und den Rechtsverkehr vereinfachen, wenn es nicht wie nach § 255 BGB einer vertraglichen Abtretung bedürfte, sondern der Uebergang ohne weiteres kraft gesetzlicher Vorschrift erfolgte, wie dies für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen und für andere Fälle, z. B. §§ 268, 426 BGB, bestimmt ist. Die für diese Fälle geltende Vorschrift kann jedoch nicht analog auf den Garantievertrag übertragen werden, da dieser sich von jenen wesentlich dadurch unterscheidet, daß es sich nicht um die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit handelt. Hingegen wird man die Bestimmung des Reichsversicherungsgesetzes § 67 — daß, wenn dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des durch den Versicherungsfall entstandenen Schadens gegen einen Dritten zusteht, der Anspruch auf den Versicherer kraft Gesetzes übergeht, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt — für analog anwendbar erklären dürfen. Der Grund dieser Vorschrift liegt darin, daß es billig ist, daß Dritte dem Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsfall Ersatzpflichtige nicht durch die Leistung des Versicherers von ihrer Verpflichtung frei werden, daß auch andererseits der Versicherungsnehmer keine doppelte Befriedigung erhält, sondern daß die Ersatzansprüche dem zahlenden Versicherer, der die Gefahr der wirtschaftlichen Schädigung übernommen hat, zugute kommen, und der Gesetzgeber hat aus praktischen und Billigkeits-Erwägungen

den Uebergang kraft Gesetzes bestimmt. Beim Garantievertrage sind die Voraussetzungen im wesentlichen die gleichen. Auch hier ist es billig, daß dem zahlenden Garanten, der die Gefahr der wirtschatlichen Schädigung des Unternehmers auf sich genommen hat, etwaige Ansprüche gegen Dritte, wegen deren Wertlosigkeit der Garant hat leisten müssen, zugute kommen, damit er an den wieder zahlungsfähig gewordenen Dritten Regreß nehmen kann. In analoger Anwendung des § 67 des Reichsversicherungsgesetzes ist daher beim Garantievertrag cessio legis gerechtfertigt. Ob diese Ansprüche deliktische Schadensersatzansprüche oder Ansprüche aus einem Vertrage zwischen dem Garantieempfänger und dem Dritten sind, macht keinen Unterschied. Natürlich ist die gleiche Beschränkung (R.-Vers.-Ges., § 67, S. 2) auch für den Garantievertrag aufzustellen, daß der Uebergang der Ansprüche nicht zum Nachteile des Garantieempfängers geltend gemacht werden kann.

Ist der Anspruch gegen den Dritten nach §§ 399, 400 BGB nicht abtretbar, so ist nach § 412 BGB auch der Uebergang kraft Gesetzes ausgeschlossen. In diesem Falle kann der Garant, wenn er gezahlt hat, den Dritten nur aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung belangen.

Daß überhaupt dem Garanten ein Regreßanspruch gegen den Dritten zustehe, wird von Braune aus dem Grunde in Abrede gestellt, weil der etwaigen Leistungspflicht des Garanten als wirtschaftlicher Gegenwert das eigene Interesse des Garanten an dem Unternehmen gegenüberstehe. Dieser Umstand ändert aber nichts an dem Charakter der Verpflichtung des Garanten als einer subsidiären, worauf der Regreßanspruch beruht. Auch bei dem entgeltlichen Versicherungsvertrag, bei dem ein eigenes Interesse des Versicherers vorliegt, ist das Recht auf Abtretung der Ansprüche gegen andere anerkannt. Und daß es der Billigkeit entspricht, dem Garanten dieses Recht zu gewähren, ist oben dargelegt worden.

§ 8.

Rechte und Pflichten des Garantieempfängers, insbesondere seine Diligenzpflicht.

Das einzige Recht, das dem Garantieempfänger aus dem Garantievertrage erwächst, ist sein Anspruch gegen den Garanten auf Schadensersatz im Garantiefalle. Ueber Wesen und Umfang dieses Anspruchs haben wir schon bei den Verpflichtungen des Garanten gesprochen.

Von den Pflichten des Garantieempfängers haben wir seine Verpflichtungen, das garantierte Unternehmen in den vereinbarten Grenzen zu betreiben und gegebenenfalls den Garantiefall und die genaue Höhe seines Schadens nachzuweisen, gleichfalls schon erwähnt. Es ist hier nur noch auf die sog. Diligenzpflicht des Garantieempfängers einzugehen, wobei vorweg zu bemerken ist, daß es sich nicht um eine Vertragspflicht handelt, auf deren Erfüllung der Garant klagen könnte, sondern um eine dem Garantievertrage eigene Haftungsbedingung zu Gunsten des Garanten. (Vgl. Reichsgericht im Recht 1910, Ziff. 2168.)

Der Garant ist dem Garantieempfänger zum Schadensersatz in dem zugesicherten Umfange verpflichtet ohne Rücksicht darauf, wie der Schaden entstanden ist. Muß er auch den Schaden ersetzen, den der Garantieempfänger selbst schuldhafterweise verursacht hat? Daß es unbillig wäre, den Garanten, der unentgeltlich das Risiko übernommen hat, auch hierfür haften zu lassen, ist klar. Und so ist denn auch in der Literatur vorwiegend der Standpunkt vertreten, daß der Unternehmer bei Ausführung des garantierten Unternehmens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden müsse, widrigenfalls der Garant insoweit frei werde. (Vgl. Staub zu § 349, Anm. 60; Örtmann zu § 676; Enneccerus, II, 2, S. 515, 5; Crome, II, S. 894 ff.) Bei der Bürgschaft hat der Gesetzgeber einen allgemeinen Rechtssatz, daß der Bürge insoweit frei werde, als es der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seitens des Gläubigers zuzuschreiben sei, daß er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlange, nicht aufgestellt. Dieser Umstand beweist jedoch nicht, daß der Gesetzgeber im Falle eines vom Gläu-

biger selbst verschuldeten Schadens dessen Ersatzanspruch schlechthin begründet sein lassen will. Durch die Bestimmung des § 776, daß, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein Pfandrecht etc. aufgibt, der Bürge insoweit frei wird, als er gemäß § 774 daraus hätte Ersatz erlangen können, hat der Gesetzgeber bei der Bürgschaft für die wichtigsten Fälle Vorsorge getroffen. Daß der Gläubiger nicht auch in den Fällen, wo er trotz Kenntnis von einer bevorstehenden Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners diesen nicht belangt und dadurch eine Auslösung der Bürgenverpflichtung herbeiführt, seinen Anspruch gegen den Bürgen verliert, ist in dem Wesen der Bürgschaft begründet. Es ist Sache des Bürgen, der sich durch das Bürgschaftsversprechen dem Gläubiger als zweiter Schuldner verpflichtet hat, Sorge dafür zu tragen, daß er von dem jeweiligen Vermögensstand des Hauptschuldners, der vor ihm haftet, unterrichtet ist. Besorgt er drohende Insolvenz des Hauptschuldners, so kann er den Gläubiger befriedigen und alsbald dessen auf ihn übergegangene Forderung gegen den Hauptschuldner geltend machen. Dem Gläubiger eine solche Diligenzpflicht aufzuerlegen, ist nicht gerechtfertigt, da er eben durch die Bürgschaft gegen die Gefahr der Insolvenz des Hauptschuldners geschützt sein soll. Für den Garantievertrag trifft diese Erwägung nicht zu. Dem Garanten, dem lediglich eine von einer fremden Verbindlichkeit unabhängige Schadensersatzpflicht obliegt, kann die Ersatzleistung nicht zugemutet werden, wenn der Schaden von dem Ersatzberechtigten selbst schuldhaft verursacht ist: wer selbst Ursache des ihn treffenden Schadens ist, kann den Schaden nicht auf einen anderen abwälzen. Ein solches schuldhaftes Verursachen ist es aber, wenn der Garantieempfänger in Kenntnis der in Zukunft zu erwartenden Zahlungsunfähigkeit eines dritten Ersatzpflichtigen diesen nicht belangt. So gewährte denn auch das römische Recht (l 41 pr. D. 46, 1) dem Bürgen, der sich nur für das verbürgt hatte, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht werde erlangen können, eine Einrede, wenn der Gläubiger schuldhaft versäumte, den Hauptschuldner rechtzeitig zu belangen.

Den Grundsatz, daß jeder den Schaden, insoweit er ihm infolge eigener Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zugestoßen ist, selbst zu tragen hat, hat der Gesetzgeber im § 254 BGB allgemein anerkannt: hat bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Ersatzpflicht davon

ab, inwieweit der Schaden von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist; und dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Das muß auch für den Garantievertrag gelten: Der Garant braucht den Schaden, insoweit er von dem Garantieempfänger schuldhafterweise verursacht worden ist, also auch wenn dieser die Abwendung oder Minderung des Schadens schuldhaft unterlassen hat, nicht zu ersetzen.

Ebenso ist dieser Grundsatz festgehalten beim Versicherungsvertrag: nach § 821, No. 4, HGB (für die Seeversicherung) fällt dem Versicherer ein Schaden nicht zur Last, den der Versicherte vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat, und nach § 61 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag wird der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeiführt oder wenn er es in dieser Weise unterläßt, zu verhindern, daß der Versicherungsfall eintritt oder der Schaden vergrößert wird. Die letztere Vorschrift enthält insofern eine Besonderheit, als der Versicherer nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers frei wird. Gilt die letztere Beschränkung auf den Fall von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit auch für den Garantievertrag? Der Grund dieser Beschränkung ist doch wohl der, daß der Versicherer durch die **entgeltliche** Risikoübernahme dem Versicherungsnehmer auch das Risiko, daß der Versicherungsfall durch leichte Fahrlässigkeit desselben verursacht werden könne, abnehmen will. Für den **unentgeltlichen** Garantievertrag trifft dies nicht zu .Hier entspricht es der Billigkeit, daß der Garantieempfänger mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Unternehmen zu fördern und allen Nachteil abzuwenden sucht: tut er dies nicht, so ist er seines Anspruchs aus dem Garantievertrag verlustig. Dies wird auch vom Reichsgericht in Gruchot, Bd. 51, S. 597, angenommen: es würde dem Zweck des Garantievertrages und einer gesunden Rechtsanschauung widersprechen, wenn man dem Garanten, der unentgeltlich das Risiko übernimmt, auch den Schaden aufbürden wollte, den dieser durch Beobachtung gehöriger Sorgfalt hätte vermeiden können; es würde Treu und Glauben entsprechen, wenn man dem Unternehmer die Verpflichtung auferlegen würde, den dem Unternehmen drohenden Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder zu mindern. Insoweit der Garantieempfänger diese seine Diligenzpflichten schuldhafterweise nicht erfüllt, entfällt die Ersatzpflicht des

Garanten (vgl. auch Dernburg, II,2, S. 411, und Hallbauer im Bankarchiv VII, 338).

Nach dem Ausgeführten wird der Garant nicht bloß dann frei, wenn der Garantieempfänger Ansprüche gegen Dritte aus dem Unternehmen oder für solche Ansprüche bestellte Sicherungsrechte, z. B. Bürgschaften, aufgibt, insoweit er hieraus hätte Befriedigung erlangen können, sondern auch dann, wenn der Garantieempfänger solche Ansprüche schuldhafterweise nicht rechtzeitig geltend macht, sie z. B. verjähren läßt und dadurch geschädigt wird. Nicht für richtig halte ich die Ansicht des Reichsgerichts (RGE., Bd. 72, S. 138 ff.), daß, wenn eine nach Abschluß des Garantievertrages für die garantierte Forderung erworbene Bürgschaft wieder aufgegeben wird, dies für die Haftung des Garanten belanglos sei, daß also eine entsprechende Regelung, wie sie § 776 Satz 2 BGB für die Bürgschaft aufstellt, beim Garantievertrage nicht am Platze sei; denn wenn der Garantieempfänger ohne dieses Aufgeben Befriedigung hätte erlangen können und jetzt geschädigt ist, so hat er doch diesen Schaden schuldhafterweise herbeigeführt.

Auch dann wird der Garant frei, wenn nicht durch eigenes Verschulden des Garantieempfängers, sondern durch das dritter Personen, die er zur Besorgung von Verrichtungen bei dem Unternehmen angestellt hat, ein ungünstiger Ausgang des Unternehmens herbeigeführt wird, falls nicht der Garantieempfänger nachweist, daß er bei der Auswahl der bestellten Personen oder bei der Leitung des Unternehmens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde, wie dies der Bestimmung des § 831 über die Haftung des Geschäftsherrn entspricht. — Hat der gesetzliche Vertreter des Garantieempfängers oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bei dem Unternehmen bedient, schuldhafterweise einen Schaden bei dem Unternehmen verursacht, so wird der Garant insoweit frei, da der Unternehmer nach § 278 BGB für deren Verschulden in gleicher Weise aufzukommen hat wie für eigenes und im § 254 BGB speziell hinsichtlich des Satzes, daß der Verletzte, insoweit als sein Verschulden bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, einen Ersatzanspruch nicht hat, seinem Verschulden das der in § 278 genannten Personen gleichgestellt ist.

Natürlich ist eine Abweichung von diesen Grundsätzen durch Vereinbarung möglich: der Garant kann die Haftung

auch für das Verhalten Dritter übernehmen und zwar sowohl für deren Vorsatz wie Fahrlässigkeit, und er kann sie übernehmen für Fahrlässigkeit des Garantieempfängers, während die Zusage, für dessen vorsätzliche Schadenszufügung einstehen zu wollen, nichtig ist. §§ 278, 276 BGB.

§ 9.

Mehrere Garanten. Garantiefonds.

Bei großen Unternehmen, z. B. bei der Veranstaltung von Ausstellungen, ist es üblich, daß nicht einer, sondern mehrere das Risiko des Unternehmens auf sich nehmen. Meist geschieht dies infolge Aufforderung des Unternehmers an Interessentenkreise, auf die hin eine Reihe von Personen in Höhe bestimmter Beträge die Garantie für das Unternehmen übernehmen durch Ausstellung von Garantiescheinen oder Einzeichnung in eine Garantieliste und durch Schaffung eines den Kreditgebenden Sicherheit gewährenden „Garantiefonds" das Unternehmen, das in der Regel große Ausgaben verursacht, bevor sich Einnahmen einstellen, erst ermöglichen. Beispiele solcher Garantiefondszeichnungen sind angeführt in Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 273, Hanseatische Gerichtszeitung 1906, Beiblatt 253, RGE., Bd. 13, S. 29 und OLGE., Bd. 14, S. 407.

Jeder Zeichner einer Garantiesumme hat in diesem Fall mit dem Unternehmer einen Garantievertrag abgeschlossen und haftet bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Betrages. Ist der Betrag des Schadens, den der Unternehmer erlitten hat, geringer als die Summe der gezeichneten Garantiebeträge, die die Maximalgrenze der Haftung darstellen, dann entspricht es der Billigkeit, daß mangels ausdrücklicher anderweitiger Vereinbarung die mehreren Garanten für den Schaden nach Verhältnis der von ihnen gezeichneten Beträge und dabei die Zahlungsfähigen wieder für die Zahlungsunfähigen in demselben Verhältnis haften, eine Art der Haftung, die in den Garantiescheinen für eine Gewerbeausstellung in Berlin (Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 273) ausdrücklich festgesetzt ist. Aehnlich ist es, wenn jeder der mehreren Garanten für einen bestimmten Prozentsatz des Schadens zu haften verspricht: es tritt dann eine Verteilung des Schadens auf die Garanten nach Verhältnis der von ihnen übernommenen Bruchteile ein, wobei die Bruchteile, wenn sie zusammen ein Ganzes überschreiten, verhältnismäßig zu kürzen sind.

Natürlich können mehrere auch in der Weise das Risiko übernehmen, daß jeder von ihnen für den Schaden gesamtschuldnerisch neben den andern zu haften verspricht, und dies gilt nach § 427 BGB ohne besondere Abrede im

Zweifel dann, wenn sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu der Leistung verpflichten: hier kann der Garantieempfänger jeden Garanten aufs Ganze belangen, während diese im Verhältnis untereinander im Zweifel ausgleichungsberechtigt bezw. -verpflichtet sind, wobei auf den Leistenden die Forderung des Gläubigers kraft cessio legis übergeht.

Hat der Unternehmer, was ihm natürlich freisteht, die mehrere unabhängig von einander zur selbständigen Uebernahme des Risikos bewogen, so sind sie, da jeder das ganze Risiko übernimmt, also die ganze Leistung zu bewirken verspricht, Gesamtschuldner, und der Garantieempfänger kann nach seinem Belieben von jedem die Leistung ganz oder zu einem Teil verlangen, bis die ganze Leistung bewirkt ist (§ 421 BGB), im Verhältnis untereinander sind sie aber zu gleichen Anteilen verpflichtet, und der den Gläubiger Befriedigende hat Anspruch auf Ausgleichung.

Diese Grundsätze sind für den Fall einer Mehrheit von Bürgen, die sich, wenn auch nicht gemeinschaftlich, für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, in § 769 BGB anerkannt und in § 59 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag ist bestimmt, daß, wenn jemand ein Interesse gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherern versichert, sodaß die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen, die Versicherer in der Weise als Gesamtschuldner verpflichtet sind, daß dem Versicherungsnehmer jeder Versicherer für den Betrag haftet, dessen Zahlung ihm nach seinem Vertrag obliegt, der Versicherungsnehmer aber nicht mehr als den Betrag des Schadens verlangen kann; im Verhältnis zu einander aber sind die Versicherer zu Anteilen nach Maßgabe der Beträge verpflichtet, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber obliegt. Es sind dies dieselben Grundsätze, wie wir sie für den Garantievertrag festgestellt haben.

Um zu verhindern, daß von mehreren Garanten jeder in Unkenntnis von den andern dem Garantieempfänger den ganzen Schaden ersetzt und dieser dadurch mehrfach befriedigt wird, erscheint es mir geboten, entsprechend der Vorschrift des § 58 des Reichsversicherungsgesetzes dem Garantieempfänger die Verpflichtung aufzuerlegen, jedem Garanten von einer weiteren Garantieübernahme bezüglich desselben Unternehmens unverzüglich Mitteilung zu machen.

§ 10.

Unmöglichkeit des Eintritts des garantierten Erfolges.

Während im Falle nachträglicher Unmöglichkeit die Frage nach der Haftung des Garanten sich einfach danach bestimmt, ob die Unmöglichkeit eine vom Garantieempfänger verschuldete ist oder nicht, indem dort der Garant frei wird, hier aber der Nachteil unter das vom Garanten übernommene Risiko fällt, ist die Rechtslage etwas komplizierter, wenn schon zur Zeit des Abschlusses des Garantievertrages der Eintritt des garantierten Erfolges unmöglich ist, wenn also in diesem Zeitpunkt gewiß ist, daß der Erfolg, für dessen Eintreten garantiert wird, nicht eintreten wird, oder daß der Erfolg, für dessen Nichteintritt garantiert wird, schon eingetreten ist. Der Garant gewährleistet in diesen Fällen, daß etwas Unmögliches sich ereignen oder etwas Notwendiges nicht geschehen werde. Es steht demnach hier beim Abschluß des Vertrages schon fest, daß der Garantiefall eintreten und der Garant in Anspruch genommen werden wird. Ist nun wesentliche Voraussetzung für das Bestehen eines Garantievertrages, daß über das Eintreten des garantierten Erfolges zur Zeit des Abschlusses des Vertrages Ungewißheit besteht, so scheint hier Garantievertrag nicht vorzuliegen. Aber es ist nicht objektive Ungewißheit erforderlich, es genügt, wenn die Parteien subjekiv im Ungewissen sind. Daher ist das Vorliegen eines Garantievertrages zwar zu leugnen, wenn beide Parteien beim Abschluß die Unmöglichkeit wissen, hingegen nicht dann, wenn beide Parteien in dem guten Glauben sind, daß der zugesicherte Erfolg eintreten kann, selbst wenn der Erfolg tatsächlich unmöglich ist.

Für den ersten Fall (Kenntnis beider Parteien von der Unmöglichkeit) nimmt Dillmann, S. 47, 48, auch Vorliegen eines Garantievertrages an. Er beruft sich auf den entsprechenden Fall bei der Bürgschaft, wo derjenige, der sich für einen Schuldner, dessen Zahlungsunfähigkeit zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages feststeht, verbürge, dessenungeachtet wirksam als Bürge verpflichtet werde. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Denn solange die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, für deren Erfüllung der Bürge einzustehen verspricht, besteht, ist die Möglichkeit

gegeben, daß der Hauptschuldner selbst erfüllt, auch wenn er zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages zahlungsunfähig ist. Der vom Bürgen zugesicherte Erfolg, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erfüllen werde, ist nicht unmöglich; das Argument paßt also nicht für den Garantievertrag.

Wie ist es aber dann, wenn nur die eine oder andere Partei von der Unmöglichkeit des Erfolges unterrichtet war? Weiß nur der Garant, daß der Erfolg nicht eintreten kann, so ist kein Garantievertrag gegeben, da es dann an der auf Seiten des Garanten unbedingt erforderlichen Ungewißheit über das Eintreten des Erfolges fehlt. Kennt nur der Garantieempfänger die Unmöglichkeit, so kommt m. E. ein Garantievertrag deshalb nicht zustande, weil die erforderliche Einigung der Parteien darüber, daß der Garant das Risiko eines Unternehmens übernimmt, nicht vorliegt, denn der Garantieempfänger weiß dann ja, daß ein Risiko mit dem Unternehmen nicht verbunden ist.

Nimmt man mit Grell, S. 45, und Braune, S. 21, an, der Garantievertrag komme zustande durch die vom Garanten in dem guten Glauben an die Ungewißheit des Ausgangs des Unternehmens abgegebene Garantiezusage, dann würde dem Garanten gegen den die Unmöglichkeit des Eintritts des garantierten Erfolges kennenden und dolos verschweigenden Garantieempfänger das Recht der Anfechtung wegen Betrugs zustehen.

Den von uns aus dem Wesen des Garantievertrages abgeleiteten Rechtsnormen entspricht die Regelung, die der Gesetzgeber für den verwandten Versicherungsvertrag, bei dem auch die Ungewißheit über den Eintritt des Schadens wesentlich ist, getroffen hat. Vgl. § 785 HGB und § 2 des Reichsversicherungsgesetzes.

Der beim Versicherungsvertrage noch geregelte Fall, daß der Versicherer beim Abschluß des Vertrages weiß, daß der Versicherungsfall nie eintreten wird, hat für den Garantievertrag wegen dessen einseitig verpflichtender Natur keine besondere Bedeutung. Fällt das garantierte Unternehmen günstig aus, so haben beide Parteien keinen Schaden, und es ist gleichgültig, ob der Garant diesen günstigen Ausgang beim Abschluß des Vertrages schon kannte oder nicht.

§ 11.

Aufhebung des Garantievertrages.

Sein Ende erreicht der Garantievertrag vor allem durch Eintreffen des garantierten Erfolges, durch endgültiges Abstehen des Garantieempfängers von dem garantierten Unternehmen oder Unmöglichkeit der Ausführung desselben und beim Eintritt des Garantiefalles durch Zahlung der Garantiesumme. Tod des Garantieempfängers vor Beginn des Unternehmens wird man wenigstens im Zweifel als Endigungsgrund ansehen müssen, da in der Regel der Garant das Unternehmen nur für den Fall, daß es der Garantieempfänger in Person ausführt, sichern will.

Einseitige Aufhebung des Vertrages durch den Garanten ist natürlich an sich ausgeschlossen, dies erleidet aber billigerweise eine Ausnahme in zwei Fällen: Einmal dann, wenn nach Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des Garantieempfängers eine derart wesentliche Verschlechterung eintritt, daß eine ordnungsmäßige Ausführung des Unternehmens durch diesen ausgeschlossen erscheint oder wenn sonst außergewöhnliche Umstände eintreten, aus denen sich ein Mißlingen des Unternehmens schon vor dessen Beginn mit Sicherheit voraussehen läßt, während nach dem Beginn der Ausführung des Unternehmens dieses Recht nicht mehr zusteht. Und sodann, wenn der Garantieempfänger in einer den Umständen des Einzelfalles angemessenen Zeit nach Vertragsschluß das Unternehmen nicht ausführt, denn sonst wäre, da die Ausführung im Belieben des Garantieempfängers steht, der seine Haftung nicht auf bestimmte Zeit beschränkende Garant für immer gebunden: es muß ihm billigerweise das Recht der Kündigung mit angemessener Kündigungsfrist gewährt werden. Nicht zuzustimmen ist dagegen der Ansicht von Dillmann, S. 63, daß dem Garanten bei der Garantie für ein seiner Dauer nach unbestimmtes Unternehmen das Recht jederzeitigen Widerrufs wie nach § 671 BGB zustehe, wenn die Dauer der Garantie nicht bestimmt ist, und auch nicht bestimmt ist, wie der Garant seiner Garantiepflicht ein Ende machen kann. Ein solches jederzeit zulässiges Widerrufsrecht würde dem Zweck des Garantieversprechens direkt zuwiderlaufen; der Garant mag sich dadurch schützen, daß er seine Haftung vertragsmäßig auf bestimmte Zeit beschränkt.

§ 12.

Schlußbemerkung.

Wir glauben durch unsere Ausführungen gezeigt zu haben, daß sich der von uns aufgestellte Garantievertragsbegriff als ein juristisch durchaus klarer und brauchbarer darstellt, unter den alle die Fälle selbständiger, unentgeltlicher Risikoübernahme in wirtschaftlich befriedigender Weise subsumiert werden können. Auch dem wirtschaftlichen Zweck der Fälle, bei denen das garantierte Unternehmen in einer Kreditgewährung an einen Dritten besteht, wird er in jeder Beziehung gerecht, sodaß ein Bedürfnis für die Aufstellung eines besonderen Vertragsbegriffs für diese Fälle, wie es Bindewald tut, nicht besteht.

Es ergibt sich folgendes, alle Fälle umfassendes System der Sicherungsverträge:

1. Selbständige Uebernahme des Risikos eines Unternehmens,
   a) Unentgeltlich: Garantievertrag,
   b) Entgeltlich: Versicherungsvertrag;
2. Accessorisches Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit: Bürgschaft.

Empfehlen dürfte sich eine die auf diesem Gebiet herrschenden Unsicherheiten beseitigende gesetzliche Regelung des Garantievertrages.